المسؤولية الطبية

دراسة مقارنة

الدكتور
منذر الفضل
أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون
جامعة عمان العربية للدراسات العليا

Medical





رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2011/5/1991)
المؤلف: منـــذر الفضـــل
الكتاب: المسؤوليـــة الطبيـــة
لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر
ISBN:978-9957-16-723-3

الطبعة الأولـى 2012م - 1433هـ



أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

المركز الرئيسي
عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة
عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

Main Center
Amman - Downtown - Near Hussayni Mosque - Petra Market - Hujairi Building - No. 3 d
Tel.: (+962) 6 4646361 - Fax: (+962) 6 4610291 - P.O.Box: 1532 Amman 11118 Jordan

University Branch
Amman - Queen Rania Al-Abdallah str. - Front Science College gate - Arabiyat Complex - No. 261
Tel.: (+962) 6 5341929 - Fax: (+962) 6 5344929 - P.O.Box: 20412 Amman 11118 Jordan

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing



المسؤولية الطبية

دراســة مقارنــة

الدكتور
منــــذر الفضــــل
أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون
جامعــة عمــان العربيــة للدراسـات العليـا



الإهداء

إلى . . .

كوردستان

الفهرس

القسم الثالث

التصرف القانوني في الأعضاء البشرية

المقدمة

يرجع هذا الكتاب في الأصل إلى مجموعة محاضرات ألقيتها على طلبة الماجستير والدكتوراه في قسم القانون الخاص من كلية القانون بجامعة بغداد للفترة من (1987 ـ 1990) وبحوث كتبتها في ميدان العقد الطبي والتجربة الطبية على الجسم البشري والمسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية والتصرف القانوني بالأعضاء البشرية ولكنها لم تر النور في صورة كتاب جامع ومانع يستعين بها المحامي والطبيب والقاضي والمهتمون بعلم القانون وعلم الطب، غير أن بعضاً من أقسامه طبعت إبان فترة عملي في كلية الحقوق ـ الجامعات الأردنية للفترة من 1991 ـ 1997، وقد وجدت أن من المناسب جمع هذه البحوث وطبعها في كتاب لغرض أن يستفيد منها المهتمون بالمسؤولية الطبية.

كما نشير إلى أن بعض أجزاء هذه المحاضرات كانت تنصب حول موضوع مشكلات المسؤولية في ميدان التلقيح الصناعي البشري من الناحيتين التشريعية والفقهية، أي بيان أحكام القوانين الوضعية وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف فقهاء القانون المدني من عمليات زراعة الأجنة البشرية والإخصاب الصناعي ولم نشأ نشر هذا الموضوع ضمن الكتاب وإنما فضلنا أن ينشر في كتاب مستقل تحت عنوان: (مشكلات المسؤولتي المدنية في التلقيح الصناعي البشري ـ دراسة مقارنة) نأمل أن يرى النور قريباً.

لقد أتيحت لي الفرصة في كوردستان العراق لإصدار الطبعة الأولى من كتاب المسؤولية الطبية عام 2005 وبسبب نفاذها من الأسواق فقد وجدنا من المناسب إعادة طباعة الكتاب في عمان ضمن منشورات دار الثقافة.

ولا بد من الإشارة إلى أن موضوعات هذا الكتاب جاءت ضمن سياقات الدراسة القانونية المقارنة مع بعض القوانين المدنية العربية والأجنبية وبخاصة القانون المدني الفرنسي ومع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية والفقه المدني فضلاً عن العديد من

الأحكام القضائية من مختلف الدول لما في الدراسة المقارنة من فائدة كبيرة للباحثين ونأمل أن يستفيد منها طلبة الدراسات القانونية.

خطة الكتاب:

القسم الأول: التجربة الطبية على الجسم البشري.

القسم الثاني: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية.

القسم الثالث: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية.

منذر الفضل

عمان 2012

القسم الأول

التجربة الطبية على الجسم البشري

Medical experiment on human body

الفصل الأول: الحق في سلامة الجسم البشري

الفصل الثاني: التطور التاريخي للتجربة الطبية

الفصل الثالث: التنظيم القانوني للتجربة الطبية

الفصل الرابع: الجزاء القانوني عن إجراء التجربة الطبية

المبحث الأول: الجزاء التأديبي

المبحث الثاني: الجزاء الجنائي

المبحث الثالث: الجزاء المدني (التعويض)

القسم الأول
التجربة الطبية على الجسم البشري
(ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية)

تمهيد:

من البديهي أن المساس بجسد الإنسان في غير الحالات المحددة قانوناً، كالعلاج الطبي أو الإجهاض حفاظاً على حياة الأم أو تنظيم النسل أو التعقيم الطبي لمصلحة الشخص، غير جائز شرعاً وقانوناً وهو اتفاق باطل حتى وإن حصل المساس بالكيان البدني برضى الشخص؛ لأن من المبادئ المستقرة في الوقت الحاضر أن لجسد الإنسان حرمة ولكيانه قدسية تتناسب مع القيمة الإنسانية للإنسان ولأن حق الإنسان على جسده ملك ناقص، أي ملك منفعة.

وإذا كان الأمر كذلك فهل يجوز المساس بسلامة الجسم البشري في غير الغرض النافع لصاحب الجسد؟ أو من أجل منفعته إلا أن نتائج المنفعة غير معلومة أو غير متوازنة مع المخاطر بإجراء التجربة لدواء أو علاج معين؟ ثم ما هي الحدود القانونية لصاحب الجسد في التصرف بجسده، وهل إن قبوله بإجراء تجربة طبية على جسمه يعفي الفاعل من المسؤولية القانونية؟ وما حكم إجراء التجارب الطبية على المحكومين بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد؟ ثم ما علاقة هذا الموضوع بمبدأ التكامل الجسدي والحق في سلامة الجسم البشري؟ وهل إن تشريح الجثة يدخل ضمن التجارب الطبية؟

وقبل الإجابة عن هذه الأسئلة لابد أولاً من القول ابتداءً إن المبدأ العام السائد في كثير من الدول للشخص - حينما يمرض - حرية اختيار المكان والطبيب الذي يعالجه فله أن يختار المعالجة في مستشفى حكومي أو غير معروف، كل هذا في غير حالات العلاج الضروري. ومن الطبيعي أن يتولى الطبيب المعالج طبقاً للعقد الطبي أو عند عدم وجوده نمط العلاج الملائم وأن يبذل المعالج العناية المطلوبة حسب نوع الالتزام، ما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة.

إن الإحاطة بأهم الأجوبة المتعلقة بإجراء التجربة الطبية على الجسم البشري وبيان موقف القانون المدني من الاتفاقات الماسة بسلامة بدن الإنسان وصحته يلزم الخطة الآتية:

الفصل الأول: الحق في سلامة الجسم البشري.

الفصل الثاني: التطور التاريخي للتجربة الطبية.

الفصل الثالث: التنظيم القانوني للتجربة الطبية.

الفصل الرابع: الجزاء القانوني عن إجراء التجربة الطبية.

الفصل الأول
الحق في سلامة الجسم البشري

ليس هناك أدنى شك في أن (الحق في الحياة) من أول وأهم الحقوق العامة الأساسية اللصيقة بالإنسان فهو أغلى ما يحرص عليه الإنسان لأن الحياة هي مصدر القوة للفرد في نشاطه المالي وغير المالي وأن فقدان هذا الحق يعتبر شر المصائب، لأنه فوق الألم الجسماني والنفسي الذي يصاحبه، يحرم الإنسان كل متعه ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته[1]. ولهذا السبب دأبت الدول إلى النص على هذا الحق في المبادئ الأساسية للدساتير، فضلاً عن وجود المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 وغيرها التي نصت على هذا الحق.

ونشير إلى أن جميع الشرائع السماوية حظرت الاعتداء على هذا الحق وبينت الجزاءات الأخروية والدنيوية على المعتدي؛ لأن في الاعتداء على الحق في الحياة إزهاق للروح من خلق الله. فقد جاء في التوراة ما يلي: (من ضرب إنساناً فمات يقتل قتلاً...وإذا بغى إنسان على صاحبه ليقتله بندر فمن عند مذبحي تأخذه للموت ومن ضرب أباه أو أمه يقتل قتلاً)[2].

كما ورد في القرآن الكريم كثير من الآيات تحرم إزهاق الروح والاعتداء على الحق في الحياة وسلامة الجسم البشري ونذكر منها قوله تعالى:

---

(1) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ2، في الالتزامات، مجلد/2، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5 1988، ص 172. وانظر في الأساس الديني والفكري لحق الإنسان في الحياة:
هاشم فارس الجبوري، حق الإنسان في الحياة ووسائل حمايته في الشريعة والقانون، أطروحة ماجستير في الدين، بغداد، 1987، ص 84 وما بعدها. ويذكر أن حق الإنسان في الحياة لها أساسها الديني المتمثل في أن حياة الإنسان منحة متميزة مقدسة من الله سبحانه وأن الإنسان خليفة الله في الأرض وأن الخالق كرم الإنسان بخلقه من الطين والروح وآمر الملائكة بالسجود لآدم ومنحه العقل والإدراك وميزه بالعلم والمعرفة وسخر ما في الكون لخدمة وأما بالنسبة للأساس الفكر لحق الإنسان في الحياة (ص112 وما بعدها) فتتمثل في فكرة النزوع الفطري إلى حفظ الذات وبقاء النوع وفكر الحقوق الطبيعية وغيرها.

(2) سفر الخروج، الأصحاب الحادي والعشرون.

﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[1]. ومنها قوله: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا ﴿٣١﴾ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَـٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾[2].

إن الحق في الحياة والحق في السلامة البدنية ثابت في السنة النبوية الشريفة وفي دليل الإجماع[3]، ودليل العقل[4].

ومن أهم مظاهر حق الإنسان في الحياة الحق في السلامة الجسدية فلا يجوز قانوناً المساس بمبدأ التكامل الجسدي بأي شكل من الأشكال، سواء ما يخص الكيان المادي أو الناحية المعنوية والصحية. إذ إن هذه الحقوق الأساسية العامة لصيقة بالإنسان، لأنه أرقى المخلوقات. فإزهاق الروح بالقتل أو إلحاق الأذى بالجسد كقطع طرف أو المساعدة بالانتحار أو إجراء تجربة طبية لغير حالات العلاج لمصلحة المريض وغيرها، إنما هي غير جائزة ويعاقب عليها القانون لمساسها بحق الشخص في سلامة كيانه البدني[5].

---

(1) سورة الأنعام/151.
(2) الإسراء/ 31، 32.
(3) الأستاذ نظام الدين عبد الحميد، جناية القتل العمد، بغداد، 1975 ص42 ـ 43.
(4) د. رشدي محمد عرسان عليان، العقل، دار السلام، بغداد، ط1، 1973، ص73 وما بعدها.
(5) نظام الدين عبد الحميد، جناية القتل العمد، المرجع السابق، ص44. الأستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، جـ1، بغداد، 1972، ص 644.
وفي هذا السياق نذكر ان الشرع العراقي يعتبر السلامة الجسدية للبكر أكبر وأهم من السلامة الجسدية لغير البكر فإزالة غشاء البكارة لفتاة عدوان جسيم على حقها في سلامة بدنها. ففي قضية عرضت على محكمة 1، جنايات الكرخ برقم 923/ج/986 وصدر قرارها في 26 ـ 11 ـ 1988 (غير منشور) أصدرت فيه المحكمة حكماً بحبس الفاعل مدة ست سنوات مع التعويض المادي والمعنوي مقداره 2000 دينار لقيامة بإزالة بكارة المجني عليها (ب) ولاشك أن هذا الحكم لا يتاسب مع جريمة الفاعل التي تمت بالإكراه وخلقت حمل المجني عليها من فعلته وموت الجنسين لاسيما وأن الموافقة حصلت والجني عليها لم تكن بالغة سن الرشد هذا فوق أنها يتيمة الأبوين . وراجع د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، 1983، ص507، 508.

إلا أن فهم مبدأ حماية جسم الإنسان يتنازع مذهبان في الفكر القانوني، أولهما: ويرى أن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بمال وهو مذهب القانون الروماني، حيث لم تعتبر مدونة جستنيان جسم الإنسان من الأشياء الداخلية في دائرة المعاملات القانونية وتأكد هذا المبدأ في قانون أكويليا الشهير 287 ق.م ولهذا فإن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بالنقود لعظمة خالقة. وثانيهما: ويرى أن جسم الإنسان رغم سموه إلا أنه يمكن تقويمه بالنقود عند إصابته بالأضرار وذهب أنصاره إلى تأكيد مبدأ الحرمة المطلقة للجسم البشري معتمدين على فكرة (استقلال الشخص الطبيعي) كأساس لمبدأ عدم جواز المساس بالتكامل البدني حتى يؤدي الشخص دوره في الحياة وأن يكون هناك احترام متبادل لحرمة كل جسد[1].

كما ذهب الأستاذ جان كاربونيه Jean carbineer إلى تأكيد مبدأ حرمة سلامة الجسم البشري وصيانة الحق في الحياة والحق في السلامة البدنية فذهب إلى أن حرمة الشخص الطبيعي أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسده ويرفض الخضوع لإجراء التجربة الطبية أو العمليات الجراحية أو التحليل الطبي، لأن الإنسان يتمتع بحقوق طبيعية لصيقة بشخصه وله الحق في الاسم وقبل هذا حق في السلامة للكيان البدني[2]. ومن مظاهر حماية الحق في سلامة الجسم البشري بطلان الاتفاقات الماسة بهذه السلامة[3].

على أن الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري من الحقوق الفردية الأساسية والحقوق الاجتماعية، إذ لا يستطيع المجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة، بل

---

(1) وانظر الأمثلة إلى راي الفقيه الفرنسي بواستل.

(2)Jean carbonnier ،Droit civil ،Introduction les Personnes ،Paris ،1982 pp. 232 ،233.

وانظر كذلك راي الأستاذ (برنادر) في مبدأ التكامل الجسدي:

Bernard Teyssie ،droit civil (Les personnes) Paris 1981 pp. 14 ،15, 18 ،19.

(3)Mazeaud (H,L,J) ،Lecons de droil civil ،obligatlons Paris. 1966 pp. 610 ،612.

إن الأهمية الاجتماعية تطغى على الحق الشخصي فارتفعت أهمية الحق في سلامة الجسم البشري إلى مرتبة الحقوق التي يؤثرها الشارع الجنائي بحماية وجعلت الجزاء الذي يستعين به لكفاية هذه الحماية جزاءً خطيراً بعض الأحيان[1].

وقد خصص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على الأشخاص فابتدأ أولاً في بيان الجرائم الماسة بحياة الإنسان وسلامة بدنه وهي: القتل العمد والضرب المفضي إلى الموت والقتل الخطأ والجرح والضرب والإيذاء العمد والإجهاض ثم إخفاء جثة قتيل (المواد من 405 ـ 420).

ثم إن رضى المجني عليه لا أهمية له ولا ينفي الرضى صفة الخطأ ولا يعد الفعل الطبي لغير ضرورة وفي مصلحة المعالج سبباً من أسباب الإباحة، فالإجماع منعقد فقهاً وقضاءً في فرنسا ومصر على تجريد رضاء المجني عليه من كل قيمة كسبب لإباحة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، إلا أن للفقه والقضاء في ألمانيا وإيطاليا مذهباً مختلفاً ـ على نحو ما سنبين ـ إذ لرضى المجني عليه قيمة محدودة في إباحة المساس بسلامة الجسم البشري، وإن كان الأصل فيه أن يتجرد من هذه القيمة[2].

أما الحماية المدنية لجسم الإنسان فإنها تبدو أولاً في شكل حماية جسم الإنسان في مواجهة الغير كمنع الغير من الاعتداء على سلامة الجسم أياً كانت صورة الاعتداء وكذلك في الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء بإلزام المعتدي بتعويض الضرر المادي والمعنوي في نطاق المسؤولية المدنية، وثانياً في منع الغير من الاعتداء على جسم الإنسان، إذ لا يجوز إجبار الإنسان على الخضوع للفحص الطبي لإثبات النسب عن طريق فصيلة الدم أو أجبارة على تعاطي عقاقير معينة وصولا للحقيقة (مصل الحقيقة) أو خضوعه

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 29، العدد 3، 1959، ص1.
نصت المادة 236 من قانون العقوبات المصري على بيان عقوبة الجرائم الواقعة على الجسم في حالات الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة إذا أفضى إلى الموت.وفي المادتين (240 و265) إذا أفضى الفعل إلى العاهة المستديمة.

(2) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، البحث السابق، ص2.

لإجراء التجارب الطبية لإرضاء شهوة عملية أو طموح علمي أو غيرها، لأن هذه الأعمال الطبية تعد مساساً بالحق في السلامة المكفول قانوناً، وكذلك حماية جسم الإنسان من تصرفات الشخص نفسه بعدم جواز التعامل بهذا الجسم أو إلحاق الضرر به فاتفاق المرض مع طبيب أو غيره للتخلص من الحياة باطل ولا يعفي الفاعل من المسؤولية القانونية[1].

إن العلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وطيدة فالاعتداء على الحق الأول يعطل جميع وظائف الجسم والاعتداء على السلامة البدنية تعطيل لبعض وظائف الجسد، علماً أن وظائف الجسم عديدة منها ظاهرة ومنها غير ظاهرة بعضها فسيولوجي وبعضها ذهني، فالاعتداء الذي يقع على الجسم وتفارق الروح للبدن هو تعطيل أبدي لجميع الوظائف ويحول الجسم إلى جثة، بينما في التعطيل الجزئي (الدائم أو المؤقت) مساس بالحق في السلامة ومثالها العاهة البدنية المستديمة[2].

ولهذا فإن أي عمل طبي - في غير حالة الضرورة - لا يجوز القيام به إلا برضى الشخص المعالج. وفي هذا يقول الفقيهان (جارسون وجارو) من أن مسؤولية الطبيب عن خطئه في الحصول على رضاء المرض مقدماً عن المسؤولية التي تنشأ بسبب خطأ في

---

(1) الدكتور رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص508، 512
الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987، ص336.

(2) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، ص9، 10. نصت المادة 412 من قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 المعدل ما يلي:
"1- من اعتدى عمداً على آخر بالجرح أو بالضرب أو بالعنف أو بإعطاء مادة ضارة أو بارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون قاصداً إحداث عاهة مستديمة به يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة.
وتتوفر العاهة المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل إحدى الحواس تعطيلاً كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشويه جسيم لا يرجى زواله أو خطر حال على الحياة".

العلاج، فعدم رضاء المريض يجعل علاج الطبيب عملاً غير مشروع بداءة فيكون مسؤولاً عنه مسؤولية عمدية كأي شخص عادي[1].

وإذا كنا قد بيّنا باختصار أهمية الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري، فهل أن إجراء التجربة الطبية على البدن يعد من الأفعال المحظورة ويعاقب الفاعل عليها؟ وما هو دور رضى الشخص في رفع الصفة الجرمية لفعل القائم بالتجربة؟ وما حكم التجربة الطبية التي تجرى على صحيح البدن أو عليل الجسم بمرض لا يرجى الشفاء منه؟ ثم ما هو المقصود بالتجربة الطبية؟

للإجابة عن الحكم القانوني لهذه الأسئلة والأعمال الطبية لابد أولاً من بيان التطور التاريخي للتجربة الطبية ثم بيان التنظيم القانوني لها وشروط إجراءات القيام بها، وهذا ما سنتعرض له في الفصول اللاحقة.

---

(1) د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 18، 1948، ص286.

ويرى (الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، (محاضرات غير منشورة)، ص16) أن علاج البدن والنفس وشفاء المريض ولهذا فهو تدخل جائز. وإن إقدام الطبيب على تجربة دواء معين على جسد المريض دون مراعاة للضوابط القانونية يشكل خطأ موجباً للمسؤولية القانونية.

وانظر حول الحق في عصمة البدن والحق في عصمة النفس:

الدكتور مصطفى الجمال والدكتور حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، مكتبة مسيرة الحضارة، مصر، دون سنة نشر، ص33 وما بعدها.

الفصل الثاني

التطور التاريخي للتجربة الطبية

من المؤكد أن التطور في شتى العلوم والمعارف لم يصل إليه الإنسان بالصدفة، وإنما تتحكم القوانين في هذا التطور والتقدم المادي، وكلما ازداد اكتشاف الإنسان لها والتعرف عليها تخضع الطبيعة لسيطرة الإنسان. ولا يخفى أن لإجراء التجارب في ميدان علم الطب على الحيوان من أجل الإنسان أو على الإنسان من أجل الإنسان الأثر الكبير في الإنجازات العلمية الطبية. فاكتشاف أشعة (X) من قبل (مدام كوري) والوصول إلى علاج الكثير من الأمراض الخبيثة وغير الخبيثة وإيجاد العلاج الناجع لأمراض أخرى لم تتوصل لها المجتمعات بالصدفة، وإنما بموجب قوانين موضوعية وحسب منهج التجربة والخطأ سواء عن طريق استخدام المختبرات الطبية أو دونها.

لقد دفعت البشرية ثمناً باهضاً حتى وصلت الإنجازات العلمية إلى ما هي عليه بفعل عقول العلماء المتصلة، وفي ميدان التجارب الطبية على الجسم البشري يلزم الإشارة بإيجاز إلى تطور هذه التجربة على الجسم البشري.

وقبل ذلك لابد من القول إن الفقه الإسلامي يجيز الاجتهاد في علاج الأمراض فلا يسأل الطبيب لو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم[1]. كما جاء في الحديث الشريف قوله (ﷺ): (إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام). ونهى (ﷺ) عن الدواء الخبيث ولهذا فالدين الإسلامي لا ينغلق أمام المصالح المشروعة ومنها إجراء التجارب الطبية والعلمية ولا يمنع من اتخاذ

---

(1) د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دون سنة نشر، ص286، هامش رقم (1).

إجراءات الوقاية من الأمراض لاعتبارات صحية، بل يجبر الإنسان الخضوع لإجراء التطعيم بالأمصال الطبية الخالية من المحرمات[1].

إن التجارب الطبية العلمية على الحيوان والإنسان منذ القدم كانت سلاحاً ذا حدين يحمل المخاطر ويتضمن المزايا والفوائد لخير الناس، ومن تلك المزايا أنه لولاها لمكث العلم والمعرفة متحجرة متروكة لمحض الصدفة لا يحكمها قانون ولما وصلت العلوم والمعارف إلى هذا التطور العظيم، فالطب مثلاً علم يقوم بدرجة كبيرة على التجربة إن لم يكن قيامه كلياً على التجربة والمراقبة والتمحيص[2]. والأدوية التي تستخدم لعلاج المرضى يجب أن تخضع لقانون التجربة لاكتشاف فاعليته وأعراضه الجانبية.

ويمكننا القول إن جميع الأعمال الطبية الناجحة لم يتوصل إليها العلماء إلا عبر التجارب الطبية سواء أكان ذلك في نطاق زراعة الأعضاء البشرية أم في اكتشاف الأمراض وتحديد العلاج أم في الأعمال الطبية الأخرى. وإذا كانت بعض هذه الأعمال قد تجاوزت مرحلة التجارب الطبية كبعض عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية والأعمال الجراحية واستخدام الأدوية والعقاقير ضد مرض معين، إلا أن بعضاً من هذه الأعمال الطبية ما يزال العلماء يجاهدون ويبذلون جهودهم ومنها ممارسة التجارب الطبية للتغلب على الأمراض أو الوصول إلى نتائج طبية معينة كالمحاولات الجارية لاكتشاف مصل ضد مرض الإيدز و السرطان بأنواعه.

ففي ميدان نقل وغرس الأعضاء البشرية جرت أولى محاولات التجارب الطبية في ترقيع الجلد، حيث أجريت العملية لأول مرة عام 1869 لمعالجة التشوهات الناجمة عن الحروق ومخاطر الحرب. أما زرع الكلية فتعود تجربتها الأولى إلى عام 1910 حين

(1) د. عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي ط1، 1988، ص 173-174.
(2) الدكتور راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، بغداد، 1970، ص388.

أجريت أولاً على الحيوانات[1]. وقد فشلت تجارب نقل الدم من الحيوان إلى الإنسان عام 1668 فصدر بفرنسا قانون يحرم عمليات نقل الدم حتى نجحت تجربة نقل الدم 1818 بين البشر وأباح القانون هذه الأعمال الطبية بعد نجاح التجربة[2].

وفي ميدان تكاثر الجنس البشري من غير الطريق الطبيعي (الاتصال الجنسي المباشر) قام الطبيب الإنكليزي (جون هنتر) بتجارب طبية في ميدان التلقيح الاصطناعي عام 1899 وكان ذلك بنطفة زوج مع بويضة من زوجته في حين جرت عملية تلقيح امرأة بغير نطفة زوجها في فرنسا لأول مرة عام 1918[3].

أما إبان الحرب العالمية الثانية فقد جرت بعض التجارب الطبية لأطباء ألمان مثلوا بعدها أمام محكمة نورمبرغ العسكرية الأمريكية، إذ أحيل إليها 23 متهماً معسكرات إبادة، وكانت تهمهم هي إجراء التجارب الطبية على أجسام الأسرى وعلى أفراد ديانة أخرى دون التقييد بالشروط القانونية ومن بينها البحث عن آثار المرتفعات العالية، والتجميد بالبرودة وأثر الكيمياويات والسموم والمصل المضاد للغنغرينا والهرمونات الاصطناعية وأثر السلفامين على الجروح الملوثة والتيفوس والعمليات الجراحية في الأعصاب والعضلات والعظام والتعقيم وإبادة المجانين والمشوهين والميؤوس شفائهم. وقد دافعوا هؤلاء أمام المحكمة بأنهم نفذوا أوامر رؤسائهم، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع واعتبرت هذه الأعمال الطبية من قبيل الجرائم العادية لا التجارب الطبية[4].

---

(1) الدكتور حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، 1975، ص8، 9.

(2) د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص11.

(3) كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف، جـ2، دون سنة نشر (التلقيح الاصطناعي). ويلاحظ في أن أول تجربة صحيحة في عالم التلقيح الصناعي قام بها العالم والطبيب الإيطالي (لازراري سبالانزاني) الذي قام في عام 1780 بحقن كلبة عذراء اصطناعياً بسائل منوي أخذ من أحد الكلاب فحملت على اثر ذلك وأنجبت ثلاثة جراء كاملي التكوين الفيزيولوجي ولم يشمل الإنسان إلا بعد الحرب العالمية الثانية.
رياض الخاني، المظاهر القانونية للتلقيح الاصطناعي، مجلة المحامون السورية، عدد6، 1969، ص 191.

(4) الدكتور عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، 1981، ص189.
لقد كتب الجنرال Tedford في 1947/18/19 توصيات عرفت بقواعد Nurem berg.
انظر: الدكتور عادل عبد إبراهيم، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، جامعة مونبلية، 1987، (بالفرنسية)، فصل التجارب الطبية.

=

ولا شك أن حالة الحرب من الظروف الاستثنائية التي تلحق الويلات بالبشرية فتفقد المجتمعات كثيراً من قيمها الإنسانية النبيلة وتنحسر القوانين جانباً ويسود منطق القوة والأنانية، ولهذا ليس غريباً أن تقع الكثير من التجارب الطبية على أسرى الحرب والمعتقلين والسجناء والمشوهين والمتخلفين عقلياً.

ولقد ثبت وقوع مثل هذه التجارب إبان الحرب الكورية عام 1954 وخلال حرب فيتنام من الولايات المتحدة الأمريكية وإبان حكم صدام حسين. ولذلك كان لابد من الحد من مثل هذه الأعمال أو تنظيمها بصورة تتفق مع مبادئ حقوق الإنسان واتفاقية جنيف عام 1949 التي ألحقت بها اتفاقية أخرى عام 1977 التي ضمت أسس وقواعد القانون الدولي الإنساني.

لقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بالجرحى والمرضى من العسكريين في الحرب البرية على تحريم الأفعال التي ترتكبها الأطراف المتحاربة تجاه المرضى والجرحى الذين يقعون في قبضة الطرف المعادي ومنها:

1. القتل المتعمد أو الإجهاز على المرضى والجرحى.
2. التعذيب أو المعاملة اللاانسانية تجاه المرضى والجرحى من الطرف المعادي.
3. إخضاع المرضى والجرحى إلى اختبارات بيولوجية أو إجراء تجارب طبية أو علمية عليهم أو التسبب المقصود في عدوانهم بأية أمراض أو بتر أي عضو من أجسامهم[1].

= انظر تفصيلات حول التجارب الطبية على الجسم البشري:

Experimention Medicale sur L. home.

من الأطباء النازيين في ألمانيا الغربية ومحاكمات نورمبرغ عام 1947 وأنواع التجارب الطبية التي قاموا بها على الجسم البشري:

Problemes politiques et sicialix ‹Ies droit de Ia perosnne Personne devant Ia vie et Ia mort. No. 122 1985.P.31.

(1) انظر الدكتور صالح العبيدي، المنازعات الدولية، بغداد، 1987، ص58، 59. وانظر المادة (3) من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 1949/8/12 حيث جاء في الفقرة الأولى (أ) على حظر الأعمال التالية:

(أ، أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل بكل أنواعه وبتر الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب).

ولابد من الإشارة إلى أن لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة أعدت عام 1951 مشروعاً قننت فيه الجرائم ضد سلام وأمن البشرية أدخلت عليه تعديلات سنة 1954 وتحدد بالمشروع أسس المسؤولية الدولية ومسؤولية الأفراد عن الجرائم المرتكبة ومنها (أحدث الأضرار الجسيمة بسلامة الجسم)[1]. وفي عام 1964 وضع اتحاد الأطباء العالمي القواعد الأدبية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان والتي عرفت بمقررات هلسنكي[2]. ونشير إلى أن الوحدة العسكرية رقم 5013 مارست كل هذه الجرائم ضد الأكراد وفي وسط وجنوب العراق وضد المعارضين لحكم الطاغية صدام وبخاصة أثناء الحرب ضد إيران.

---

(1) الدكتور محمد عبد العزيز ابو سخيلة، حقوق الإنسان، الكويت، 1985، ص270.

(2) د. راجي التكريتي، السلوك المدني، ص388.

الدكتور مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية، مؤسسة نوفل، 1985، ص509.

الفصل الثالث

التنظيم القانوني للتجربة الطبية

ابتداءً لابد من القول بأن المقصود بالتجربة الطبية ليست تلك الأعمال التي يلجأ إليها الأطباء إذا اصطدموا بحالة تحتار في علاجها الأصول العلمية الثابتة، لأن الطبيب يتمتع في هذه الحالة بقدر من الحرية، فيكون من حقه أن يجرب علاجاً قد يكون فيه الأمل الأخير لإنقاذ المريض، فالاجتهاد ضروري لتطوير مهنة الطب من أجل الإنسانية[1].

إن المراد بالتجربة الطبية على الجسم البشري، تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي تعمل دون ضرورة تمليها من حالة المريض ذاته لإشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة علم الطب أو لخدمة الإنسانية المعذبة[2].

ولاشك أن العمل الطبي الجراحي والعلاجي يهدف إلى شفاء المريض وما عمل الطبيب في إجراء التجربة الطبية Experience medical وعلى المريض للاستقرار على وسيلة علاجية معينة أكثر تناسباً مع حالة المريض وصولاً إلى أفضل نتيجة إلا خطوة مشروعية ولا تكون محلاً لإثارة المسؤولية الطبية ما دام أنه اتبع في ذلك مسلك الطبيب المماثل له لاسيما وأن المجال العلمي على درجة من الاتساع والتغيير الذي يقتضي المحاولة والتجربة المستمرة حتى يتقدم ويتلاءم مع الحالات المتطورة[3].

فإذا خرج عن هذا الإطار تصبح مسؤوليته المدنية موضعاً للبحث ولهذا يلزم وجود بعض الضوابط القانونية أو الشروط اللازمة لتحديد ما يعد عملاً طبياً علاجياً أو تجربة طبية علاجية ضمن الاجتهاد العلمي الدقيق أو هي مجرد تجربة طبية وصولاً إلى

---

(1) الدكتور حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص289.

(2) الابراشي، ص286 ـ 287.

(3) الدكتور محمد حسنين منصور، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والصيادلة والمستشفيات العامة والخاصة والمرضين والممرضات، موسوعة القضاء والفقه، جـ 241، 1985، ص51.

الشهرة أو إرضاء لشهود علمية أو تحقيقاً لكسب غاية معينة على حساب السلامة الجسدية للمريض، إذ إن خروج الطبيب عن الغاية التي من أجلها أبيحت له مزاولة مهنة الطب خروجاً عن سبب الإباحة وتسقط عنه الحماية الماسة بجسم الإنسان وأن فعله يعد خطأ حتى ولو روعيت أصول المهنة فينهض الركن الأول من أركان المسؤولية المدنية[1].

هذا فوق أن قبول الشخص بإجراء التجربة الطبية على جسده هو رضاء غير صحيح ولا يعفي الفاعل من المسؤولية، لأن الرضاء ليس سبباً من أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بجسم الإنسان[2]. ولم يتفق الفقه والقضاء الفرنسي في مدى اعتبار التجربة الطبية على الجسم البشري من الظروف المخففة للعقوبة أم سبباً للتشديد سواء

---

(1) الإبراشي، المرجع السابق، ص287 ـ 288.
إلا أن هذا الخطأ إذا لم يولد للشخص أي ضرر فلا تنهض المسؤولية ففي قضية تتلخص في قيام طبيب بتلقيح الغدد الجنسية لتجديد الشباب على طريقة (فورتوف) حيث قام بنزع الغدد من شاب برضاه لقاء مبلغ من المال ولقح بها عجوزاً فقضي ببراءة الطبيب بناء على عدم حصول ضرر للشاب.
ويعلق الأستاذ (سيمون) البلجيكي في المجلة البلجيكية لقانون العقوبات لسنة 1933 على أن هذا العمل الطبي من الأعمال الجائزة ما لم يكن مخالفاً لواجب اجتماعي على الشاب أو وسيلة لكسب المال كما هو في القضية المذكورة.
الابراشي، ص292.
وانظر في الخطأ الطبي:
Gerard memeteau - le droit medical - 4. Paris 1985 - P.411.

(2) الابراشي، ص288.
المقصود برضى المريض بإجراء التجربة الطبية عليه لمصلحته البدنية أو رضاه بالعلاج بقصد الشفاء هو ليس مجرد الإيجاب الصادر من الشخص والذي إذا اقترن بقبول الطبيب ينشأ العقد الطبي وإنما هو رضى خاص يتطلبه الفقه والقضاء متى أراد الطبيب مباشرة العلاج أو القيام بالتجربة الطبية لأن الأصل ان للإنسان حرية في ذلك وله حقوق لصيقة به رغم قول البعض بأن (للطبيب حقاً في العلاج) إلا أن وجوب أخذ رضاء الشخص مسألة ضرورية ولهذا ذهبت محكمة التمييز في قرارها (غير المنشور) رقم 367/منقول/87 ـ 88 في 1987/11/7 إلى تأكيد هذا المبدأ القاضي بوجوب أخذ رضى الشخص ففي قضية تتلخص وقائعها إن المدعية (م) ادعت لدى محكمة بداءة الكرادة بأنها زوجة الدكتور (ب) وقد أسقط جنينها بفعل كل من الدكتور (خ) والدكتورة (ع) عن طريق الإجهاض دون رضاها بحجة تناولها حبوب تؤثر على سلامة الجنين وتعرضه للتشوه وهي واقعة لا أساس لها من الصحة وتخطيطاً من زوجها الدكتور (ب) للتخلص من الجنين وإيقاع الطلاق فطلبت الحكم لها بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها.
فقررت محكمة البداءة رد الدعوى بطلب التعويض إلا أن محكمة التمييز نقضت هذا الرد وجاء في قرارها: (إن حق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنح الكرادة المرقم 1072/ج/1984/1985 المؤرخ في 1986/2/1 إذ أدان المدعى عليها وقضى بحبس المدعى عليها سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ والحكم على المدعى عليه (د. خلدون) بالغرامة، وحيث إن الحكم المذكور قد اكتسب درجة البتات بوقته مع النظر لظروف القضية وعدم ثبوت تناول المدعية الحبوب التي تشوه السير بدعوى التعويض والركون إلى خبراء مختصين لتقديره).

أكانت بهدف البحث العلمي أو لكسب مادي أم لغيره[1]. وقد حكم في فرنسا على طبيبي مستشفى وفقاً للمادة 311 من قانون العقوبات الفرنسي (العاهة المستديمة) لأنهما أرادا أن يتعرفا مبلغ العدوى من مرض الزهري العارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته إلى صبي في المستشفى فأصيب به[2].

وإذا كان رضاء المريض ليس دائماً يعتد لوصف المشروعية على فعل الطبيب طالما أنه ليس سبباً من أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بالجسم البشري وحيث إن سلامة الحياة والبدن من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع [3]. فان هناك شروطاً أساسية يلزم اتباعها للقيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري وهي بمثابة التنظيم القانوني لمارسة التجربة على البدن وهي:

الشرط الأول: أن يكون في إجراء التجربة الطبية كسب علمي لصالح الإنسان وتقدم علم بدلالات واضحة .وسواء أكان هذا الكسب هو لخلاصة البشرية من مرض فتاك أو من غيره. وفي هذا المجال نشرت جريدة الثورة البغدادية في 1988/10/31 خبراً مفاده أن السلطات السويسرية تسعى لاتخاذ إجراءات تأديبية ضد أطباء قاموا بإجراء تجارب غير مرخص بها وبصورة عشوائية خلافاً للقانون السويسري عندما أجروا تجارب طبية على مرضى دون إشعار السلطات بذلك لاسيما وأن التجارب أجريت دون ترخيص في مستشفى للأمراض العقلية بمدينة قريبة من مدينة (برن) السويسرية.

الشرط الثاني: حصول الطبيب على رضى المريض بعد اطلاعه على أخطار التجربة والهدف منها فالموافقة الحرة الكاملة للشخص المعالج أو للولي أو الوصي أو لمن له علاقة قرابة مباشرة ضرورية قبل إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري.

---

(1) الابراشي، ص290ـ 291.
(2) الابراشي، ص 291، هامش رقم2.
(3) الدكتور محمد حسنين منصور، ص52.

الشرط الثالث: للمريض أو للأقارب حرية الرجوع عن الرضى ومنع القائم بالتجربة من القيام بها أو الاستمرار فيها[1]. وعلى الشخص القائم بالتجربة (طبيباً كان أم شركة أدوية أم مركز بحث علمي) بذل العناية الكافية للمحافظة على سلامة الجسد. ومسألة التثبت من القيام بهذه العناية أم عدم توافرها هي مسألة وقائع على من يدعي عدم توافرها، إثبات ذلك أمام المحكمة المختصة.

الشرط الرابع: أن تكون الموافقة من المريض أو أقاربه مكتوبة[2]. أي أن يكون الرضى في صيغة شكلية كتابية، كما يلزم أن تكون الوسائل المستخدمة في التجربة الطبية أقل خطراً على حياة الشخص وسلامة بدنه وأن عواقبها غير مجهولة.

والواقع أن إجراء التجربة الطبية يكشف عن المساحة الضرورية لمرونة العمل الطبي بشروط ضرورية تعد من ضوابط إجراء التجارب، إلا أن هذه التجارب ليس المقصود بها المغامرة بأكثر من حدود الكفاءة العلمية والفنية للطبيب، لأن مثل هذه المغامرة التي ينتج عنها ضرر جسدي مميت أو غير مميت (كالعاهة البدنية) أو العجز الكلي أو الجزئي تعد خطأ موجباً لقيام المسؤولية الجنائية والمدنية يستحق المريض عنها التعويض، كما يستحق من حرم من الإعالة (وارثاً كان أم غير وارث) حتى الدرجة الثانية التعويض عن الضرر وفي رأينا أنه حتى في إصابة المريض بضرر جسدي غير مميت فإنه يستحق هؤلاء التعويض عن الضرر المادي والمعنوي عند قيام المسؤولية على القائم بالتجربة، لأن حقيقة التجربة الطبية يلزم أن تكون لخدمة المريض والإنسانية وضمن ضوابط ممارستها لمعرفة قوانين معينة في الجوانب الكيماوية أو الطبية أو وظائف الأعضاء وآثارها على سلامة الحياة والجسد.

---

(1) د. راجي التكريتي، ص296 ـ 297.

حول وجود الإرادة والتعبير عن القبول وحالة السكوت البسيط والملابس في القانون المدني الفرنسي انظر:

Pierre raynaud et marguerite vanel (dalloz) – repertoire De droit civil tome 11 – Paris 1971 PP. 1 – 9.

(2) د. عبد الوهاب حومد، ص191.

كما يفهم من ذلك أن الجسم البشري ليس مختبراً ولا حقلاً للتجارب الطبية، فلجسد الإنسان ولحياته قدسية[1]. ولهذا استقر الرأي على منع إجراء التجارب الطبية حتى على جسد الإنسان المصاب بمرض عقلي كالمجنون والمعتوه، كذلك منع إجراء التجارب الطبية على السجين أو الأسير حتى ولو كان الرضى موجوداً لمن هو قادر عن التعبير عن إرادته[2]، حيث يلزم أن تجرى التجربة على الفئران أو القرود أو الحيوانات الأخرى. إلا أن إجراء التجربة على الحيوانات ليس ممكناً دائماً، فجسم الحيوان في جوانب منه يختلف عن جسم الإنسان، وما يؤثر في الجسد الحيواني قد لا يؤثر نفس التأثير في الجسد الإنساني. ولهذا عمدت شركات الأدوية العالمية إلى جعل شعوب العالم الثالث حقلاً لتجاربها الدوائية خصوصاً في مجال (حبوب منع الحمل) في البلدان ذات الكثافة السكانية أو في غيرها، حيث تبين أن بعض الأنواع تسبب في سرطان الثدي والعصبية والأمراض الخطيرة الأخرى عند النساء. وأدت في أحيان أخرى إلى موت المراهقات في السويد اللواتي يتناولن هذه الحبوب بهدف تنظيم الدورة الشهرية أو منع الحمل.

---

(1) الدكتور مصطفى العوجي، ص509.
يذكر الأستاذ عمر فاروق فحل في بحثه الموسوم بـ (حقوق الانسان في التشريعات المقارنة) المنشور في مجلة العدالة التي تصدرها دولة الإمارات العربية 1980، ص77: أن من حقوق الانسان الأساسية رعاية صحة العقل والجسم للإنسان في حمايته من استخدامه كحقل تجارب للأدوية. ويذكر ما يلي:
(وقد لوحظ في السنوات الأخيرة أن عدد الأدوية الجديدة التي يجري تجربتها ضمن أبحاث مشتركة بين الدول المتقدمة والنامية قد زاد بزيادة كبيرة. وكان من أهم أسباب هذه الزيادة هو عدم وجود القوانين الكافية في هذه الدول والتي تحمي حق الانسان بأن لا يكون حقل تجارب، كذلك حمايته من استغلال بعض شركات الأدوية التي تغريه ببعض الحوافز المادية مقابل تجربة الدواء).

(2) د. عبدالوهاب حومد، ص191
انظر ما نشرته جريدة الثورة في 988/10/31 من إجراء التجارب الطبية في سويسرا على المصابين بأمراض العقلية رغم أن القانون الصحي السويسري يمنع ذلك.
فالمجنون والمعتوه ليس قادراً على التعبير عن إرادته لكي يرضى بالمساس بجسده بإجراء التجربة الطبية ولأن الوصي لا يملك حق الوصاية فيما يضر بالمجنون والمعتوه.

بناء عليه، فلا ينفع رضى الضحية في رفع التجريم عن كل تجربة تجرى على جسم الإنسان إذا لم تتوافر الضمانات والشروط اللازمة لذلك[1]. ولهذا يذهب الكثير من الفقهاء والشراح إلى إضافة شرط خامس ضمن ضوابط إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري وانسجاماً مع مقررات هلسنكي لعام 1964 وهو:

الشرط الخامس: أن تجري التجربة الطبية أولاً على الحيوانات ثم على الإنسان أي أن لا تتم أولاً على جسد الإنسان ما لم تكن قد خضعت للفحوص المختبرية بعد تجريبها على الحيوانات وظهور فرص الشفاء بصورة واضحة وأن تجري على المريض لا على صحيح البدن[2].

ويتحفظ الأستاذ الدكتور الذنون فيقول في هذا المجال (بأنه قد يقال أن بإمكان الطبيب إجراء هذه التجارب الطبية على الحيوانات وليس على الإنسان ونقول إن هذا صحيح في جملته غير صحيح على الإطلاق إذ ينبغي أن لا يغيب عن الأذهان أن هناك بعض الأمراض التي تصيب الحيوان ولا تصيب الإنسان كما أن هناك أمراضاً تقتصر على الإنسان دون الحيوان هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن العلماء لاحظوا أن الدواء الواحد قد يحدث على الحيوان آثاراً ومضاعفات تختلف اختلافاً كبيراً عن تلك الآثار والمضاعفات التي يحدثها هذا الدواء على الإنسان)[3].

---

(1) د. مصطفى العوجي، ص509.

(2) د. مصطفى العوجي، ص509.

ذكرت مجلة ناتشير ان لقاحاً لمنع الحمل يستعمله الرجال والنساء معاً يسمى (20/5) قد ينتج خلال السنوات القادمة بعد أن أعطت الاختبارات على حيوانات التجارب نتائج إيجابية مئة بالمئة. وجاء في المجلة التي نشرت أعمال فريق من الباحثين الأمريكيين يهدف إلى انتاج مادة مضادة تعمل ضد الحيوانات ؟.. وأثبتت التجربة أن الخصوبة تعود إلى طبيعتها بعد بضعة أسابيع وان اللقاح ليس له آثار جانبية على الإنسان كما ورد عن الباحثين أن من المعروف أن حقن الحيوانات من ذكر وأنثى بمستخرج من الخلايا المنوية يؤدي إلى العقم وأن الرجال والنساء الذين ينتجون بصورة تلقائية أجساماً منوية يصابون بالعقم أيضاً.

الخبر نشر في جريدة الجمهورية عدد 6961 في 1988/10/8 وقد وزعته وكالة الأنباء العراقية على الصحف والمجلات العراقية.

(3) الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، محاضرات غير منشورة، ص 47 ـ 48.

التجربة الطبية في الدستور العراقي وتعليمات السلوك المهني لعام 1985:

لم يرد في الدستور العراقي لعام 1970 ولا في الدستور العراقي الأخير لعام 2005 أي نص يشير إلى حماية الحق في الحياة وسلامة الكيان البشري وحظر إجراء التجارب الطبية على الجسم مهما كانت الأسباب. ولهذا فإن إغفال هذا الموضوع الحيوي يشكل نقصاً في الدستور[1]، بينما لم تغفل النص على ذلك كثير من دساتير الأقطار العربية ولا شك أن النص في الدستور على منع التجربة الطبية على الجسم البشري إنما هو تأكيد لمبدأ التكامل الجسدي ودليل على أهمية حق الإنسان في الحياة وفي سلامة بدنه وهو اهتمام واضح من المشرع على حماية هذه الحقوق.

ومع ذلك فإن الدستور العزاقي ذكر نصاً حرم فيه إجراء أي نوع من أنواع التعذيب النفسي أو الجسدي على الإنسان لمساس ذلك بسلامة صحته وبدنه إذ جاء في المادة 1/22 ما يأتي:

(كرامة الإنسان مصونة، وتحرم ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب الجسدي أو النفسي)، وإلى هذا ذهب الدستور الجزائري لعام 976 في المادة (71).

ونعتقد أن ما ذهب إليه المشرع المصري هو الصواب، إذ جاء في المادة 43 من الدستور المصري ما يأتي: (لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر). وهذا يعني جواز إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري إذا قبل بها وكان رضى الشخص حراً ويقوم رضى الولي أو الوصي عن المريض فاقد الوعي في التعبير عن الإرادة بالقبول.

---

(1) انظر اقتراحاتنا بشأن الدستور العراقي الدائم التي ألقيت في ندوة الدستور المنعقدة في كلية القانون بجامعة بغداد لمناسبة يوم العام في 1989/3/27. وقد حاولنا عام 2005 إضافة نص يحظر التجارب الطبية على الجسم البشري خلال عملنا في كتابة الدستور العراقي في اللجنة الدستورية ولكننا لم نفلح لعدم إدراك الكثيرين مغزى وأبعاد مثل هذا المقترح.

إن المادة 43 سالفة الذكر وردت في الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة والهدف منها تأكيد حماية جسد الإنسان في مواجهة صور معينة من صور المساس به وهي صورة التجارب الطبية والعلمية، ويجوز المساس بمبدأ الحماية المطلقة للجسم البشري عند توافر شرط الرضى وشروط ممارسة التجربة الطبية الأخرى[1].

وإذا كان الدستور العراقي جاء خالياً من النص على ما يقابل نص المادة 43 من الدستور المصري وهو عيب يلزم تلافيه، إلا أن تعليمات السلوك المهني لسنة 1985 الصادرة عن مجلس نقابة الأطباء ببغداد نصت على شروط ممارسة التجارب الطبية بصورة متناقضة مع قواعد نورمبرغ لعام 1947 وقواعد هلسنكي لعام 1964 التي أوجبت إجراء التجربة على الحيوان في مراكز بحث علمي ثم نقلها للجسم البشري، بينما ساوت تعليمات السلوك المهني بين التجربة التي تجري على الجسم الحيواني والجسم البشري وهو يتعارض مع مبدأ معصومية الجسد إذ جاء في هذه التعليمات ما يلي:

(تعد التجارب على المريض عملاً جنائياً إلا إذا أجريت لأغراض علمية بحتة وفي مراكز بحث علمي أو معاهد علمية تعليمية.

1. المبدأ في تطبيق التجارب العلاجية هو أن تكون التجربة قد خضعت للبحث العلمي عند الإنسان أو عند الحيوان.
2. يجب الامتناع عن إجراء أية تجربة فيها احتمال خطر على حياة الشخص).

والملاحظ على هذا النص، أن الصياغة لهذه الفقرة في تعليمات السلوك المهني جاءت ركيكة وغير مفهومة وهي مليئة بالأخطاء النحوية كما أنها ليست صياغة قانونية، فالعمل الجنائي يقصد به الجريمة الواقعة على حياة الإنسان وسلامة بدنه

(1) د. عبدالسلام عبد الرحيم العسكري، نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي، ص172.

المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 (المعدل) في المواد من (405 ـ 420) سواء أكانت الجريمة أفضت إلى الموت أي الضرر الجسدي المميت أم إلى العاهة البدنية المستديمة مهما كانت درجتها وهي ضرر جسدي غير مميت.

وهذا بالإضافة إلى أن تعليمات السلوك المهني لم تنص على حظر إجراء التجربة الطبية على صحيح البدن إلا أن الفقه الفرنسي والفقه العربي يتجه إلى عدم جواز خضوع صاحب الجسم السليم للتجارب الطبية عليه وأغفلت النص على أن تجري التجربة من أشخاص كفوئين لممارستها.

كما نتساءل هنا عن الدوافع والقدرة العقلية لصحيح البدن في قبوله الخضوع لإجراء تجربة طبية على جسمه ونعتقد أن الموافقة الحرة لا تكفي من المريض لإجراء تجربة طبية عليه، إلا أن التجربة يجب أن تكون في حدودها المعقولة ولغاية واضحة هي شفاء المريض على أن تكون مستندة إلى اختيارات سابقة على الحيوانات كالأرانب والفئران والقرود وغيرها وهو أمر مشروع، إذ لا يخفى أن كثيراً من عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية جرت أولاً في العالم على الحيوانات ثم نقلت إلى الجسم البشري بالنسبة للأعضاء البشرية التي ثبتت نجاحها وما تزال التجارب تجري على الحيوانات بالنسبة لبقية الأعضاء.

إن الجمعية الدولية للطب حددت في مؤتمرها المنعقد في هلسنكي عام 1964 وفي إعلان صدر عنها عرف بـ (إعلان هلسنكي) الشروط التي يجب أن تتوافر في التجربة الطبية هي:

1. احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تبرر الأبحاث في الطب الإنساني على أن تجري التجربة على الإنسان بالاستناد إلى فحوص مخبرية وتجارب على الحيوانات وإلى معطيات علمية ثابتة.

2. تجري التجربة على الإنسان بواسطة أشخاص أكفاء علمياً وتحت رقابة طبيب كفء.
3. لايجوز إجراء التجربة إلا إذا كانت أهمية الهدف الذي تصبو إليه متناسبة مع المخاطرة التي يتعرض لها من تجري عليه.
4. قبل القيام بالتجربة يجب إجراء التقييم بعناية للمخاطر والمكاسب الممكنة والتي تلحق بمن تجري عليه وبالآخرين.
5. يجب أن يكون الطبيب محترزاً بصورة خاصة عندما يكون من شأن الدواء أو التقنيات المستعملة تعريض شخصية الإنسان للمساس[1].

يستنسج من ذلك إن إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري والتي يطلق عليها Experimentation medicale sur I, home، ترتكز على أساس أخلاقي[2] وأساس علمي وأساس قانوني وأن هذه الأسس مترابطة فيما بينها من أجل أن تكون التجربة الطبية على الإنسان لها أهدافها الإنسانية التي تخدم البشرية والعلمية وفقاً لضوابط يسمح بها وينظمها القانون.

وعليه فإن الفقه والقضاء الفرنسي يمنع الأطباء من تطبيق أي علاج لا يكون الهدف منه شفاء المريض، وعليه تتقرر مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية عن إجراء التجربة الطبية إذا كانت بقصد التباهي أو الزهو العلمي أو الأغراض المادية مثلاً وهذا ما أكدته محكمة (ليون) في حكم لها منذ عام 1859[3].

---

(1) الدكتور مصطفى العوجي، ص509 ـ 510.
الدكتور عادل عبد إبراهيم، أطروحة دكتوراه بالفرنسية، مشار إليها (فصل التجربة الطبية).

(2) لوحظ أن هناك تجارة رائجة للجثث والهياكل العظمية في الهند وبنغلادش حيث يجري بيعها بل إن هناك حوادث قتل المتسولين من أجل الحصول على هياكلهم العظمية لبيعها لدول أخرى بالعملة الصعبة لإجراء التجارب الطبية واستخدامها في تعلم طلبة كليات الطب كما أنه في أحيان كثيرة يتم التعاقد على رؤوس البشر فقط لصالح كليات طب الانسان.
انظر جريدة الجمهورية الصادرة في 1989/4/22ص15.

(3) د. عادل عبد ابراهيم، المرجع السابق.

وهذا يعني أيضاً أن العبرة بالباعث الدافع في جواز أو عدم جواز القيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري وهل بهدف الشفاء والبراءة من المرض والألم وإطالة عمر الإنسان أم بقصد الشهرة العلمية فتكون عملاً غير مشروع.

ومع ذلك فإن الفقه المدني والجنائي والأطباء لم يتفقوا على موقف موحد من مسألة إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري لأن التجربة هي من الأعمال الطبية التي لها مساس بالحق في الحياة وسلامة الجسد ولا يمكن تجريد هذا العمل من أسسه الأخلاقية والعلمية والقانونية ولهذا يمكن حصر أهم الاتجاهات في هذا الميدان على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: الرافضون لإجراء التجربة الطبية على الجسم البشري

ويرى أنصاره أن إجراء التجربة الطبية (خطأ طبي) موجب للمسؤولية لأنها من الأعمال الماسة بسلامة جسم الإنسان وأن الحق في الحياة والسلامة البدنية حق ثابت ولا يجوز أن يكون الجسم محلاً للتصرفات إذ لا يباح مس السلامة البدنية إلا لضرورة فائدة الإنسان ذاته، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة السين الفرنسية 1935/5/16 على طبيبين بالعقوبة المقررة في المادة 311 من قانون العقوبات الفرنسي لأنهما أرادا أن يتعرفا على مبلغ العدوى في مرض الزهري العارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته إلى صبي في المستشفى فأصيب به [1].

وبهذه المناسبة نشير إلى إن الفقه والقضاء في فرنسا مستقر على إقامة المسؤولية على الطبيب إذا لم يكن قصده من العلاج شفاء المريض أو تحسين حالته الصحية وإنما تحقيق أهداف أخرى حتى ولو كان يرجى منها تقدم العلوم الطبية أو كشف علاجات جديدة لأمراض خطيرة حتى ولو أجريت بناء على رضى الشخص إذ إن الرضى ليس في محله فهو يتعارض مع النظام العام وسلامة حياة جسم الإنسان من النظام

---

(1) د. عادل عبد إبراهيم، المرجع السابق.

العام[1]. وبالتالي فلا يجوز للطبيب أن يجعل مريضه موضوعاً لتجاربه واختباراته لمجرد الفضول العلمي ومحض الغرام بالفن ولكي يستند على حساب مريضه في دراسته الخاصة وأبحاثه العلمية[2].

كما يضيف الأستاذ (سافاتيه Savatier) أن إجراء تجارب طبية دون ضرورة على كائن بشري يكون خرقاً من الطبيب لواجب احترام سلامة جسم الإنسان وهذا الواجب مستمد من النظام العام ولا يستطيع الطبيب التحلل منه إلا لمصلحة المريض ولهذا لا يباح له إجراء تجارب خطيرة لا فائدة منها لصحة المريض وذلك بزعم أنها ترمي إلى بحث علمي يهدف إلى تطوير العلاج وإلى هذا ذهبت محكمة (ليون) في حكم لها منذ عام 1931[3].

ونعتقد أن تشريح الجثة بهدف تعلم طلبة كلية الطب ليست من التجارب الطبية وأن تعلم الطلبة على جسم المريض في الفحص الطبي أو الإسهام مع الأستاذ المشرف في المعالجة لا يدخل في مفهوم التجارب الطبية كما أن قيام الطبيب بإجراء التجربة على

---

(1) دونيد دوفابر، مشار إليه في اطروحة الدكتور عادل عبد ابراهيم، فصل التجربة الطبية.
إن أهمية الحصول على رضاء المريض في العلاج أو الجراحة أو التجربة الطبية مبدأ مهم خصوصاً إذا كان العمل الطبي ينطوي على كثير من المخاطر وقد شددت المحاكم الفرنسية من مسؤولية الطبيب الذي حقن المريض بمادة ينطوي استعمالها (بحسب تعليمات الشركة التي تصنعها) على قدر من الخطورة مما يتطلب معه إلى الحيطة في أخذ رضاء المريض بذلك.
د. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، جـ 241، 1985، ص29.
ويذكر الدكتور حسنين ايضاً في (ص35 ـ 36) حول التزام الطبيب بإعلام المريض في أن يشرح له كل ما يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير أو الصدمات الكهربائية طالما أن تلك الطرق من المتعارف علمياً على استخدامها حيث يجوز للطبيب أن يستخدم كل الوسائل الطبية المسلم بها لأنها لم تكن محلاً للتجارب حول صلاحيتها الأولية.

(2) الجوهري، ص302.

(3) ويقول الأستاذ سافاتيه أنه حتى ولو اجريت التجربة الطبية وفقاً للأصول العلمية فإن مجرد الإقدام عليها يشكل خطأ في حد ذاته.
الدكتور عادل عبد إبراهيم، المرجع السابق، فصل التجربة الطبية. وحكم أنه إذا كان هدف الطبيب ليس شفاء المريض أو تحسين حالته بالرجوع لمذاهب طبية جديدة وإنما القيام بتجارب علمية فإن عمله هذا يعتبر غير مشروع ويستوجب مسؤوليته المدنية والجنائية حتى ولو كان ذلك بقبول المريض أو حتى بطلبه وحتى ولو كان قصده من أجر لها تحقيق غايات علمية.
عبد الرحمن عبدالرزاق الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية عن اخطائه المهنية، رسالة ماجستير في القانون، غير منشورة، 1976، ص 376.

جسم المريض للتأكد من سلامة الجسم من حساسية معينة لدواء معين كالبنسلين يدخل ضمن مرحلة العلاج المناسب للمريض فهو اختبار ويعد هذا العمل الطبي من ضمن العلاج بقصد السلامة الجسدية، إلا أن استخدام أشعة (الليزر) إلى مناطق عميقة في الجسم لم يصلها مشرط الجراح في علاج أمراض القلب والسرطان من التجارب الطبية[1].

الاتجاه الثاني: المؤيدون لإجراء التجربة الطبية على الجسم البشري

لعل من أبرز أنصار هذا الاتجاه هم الألمان فقد ذهب الفقه والتشريع الألمانيان إلى جواز إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري، ويرى الفقه في ألمانيا أن من حق الطبيب مباشرة كل الوسائل الطبية التي تهدف إلى غاية تقرها الدولة، لذا فالتجارب الطبية مباحة طالما أنها تهدف إلى غاية علمية سواء نجحت التجربة على الجسم البشري أم لم تنجح مادامت قد أجريت حسب الأصول الطبية المقررة ولا يستلزم لإباحة التجربة أن تكون موجهة إلى شفاء المريض وقد أيد المشرع الألماني هذا الاتجاه الفقهي في المادة 226 من قانون العقوبات لسنة 1933[2].

ونعتقد بأنه إذا كان من غير المقبول إجراء التجربة الطبية على شخص سليم البدن حتى وإن كان ذلك برضاه وضمن الشروط الأخرى وأن إجراء التجربة يتعارض مع قواعد النظام العام ويوجب المسؤولية القانونية على الطبيب أو القائم بها، إلا أن

---

(1) نشرت جريدة الثورة في يوم 989/3/5 (ص11) نقلاً عن وكالة رويترز خبراً مفاده أن أشعة الليزر تستخدم حالياً في علاج أمراض العيون والبواسير إلى الأنسجة الزائدة والأورام وأنها قد تستخدم في علاج أمراض أخرى كالإيدز والجروح علماً أن تاريخ استخدامها يعود لعام 1960 وأن عدد العمليات التي استخدمت فيها أشعة الليزر عام 1987 بلغت مليون عملية في أمريكا وحدها حيث يوجد في أمريكا حوالي 14 الف جهاز ليزر وقد وافقت (إدارة الأغذية والأدوية الأمريكية) في بداية عام 1988 على تجربة طبية لجهاز ليزر جديد لا يولد حرارة يستخدم في جراحات العيون مثل إصلاح القرنية دون إتلاف الأنسجة وجرت التجارب الطبية هذه على البشر وحققت نجاحاً كبيراً.

(2) الدكتور عادل عبد إبراهيم، أطروحة الدكتوراه بالفرنسية، فصل التجربة الطبية.

La Responsabilite mediciale en droit penal _ etude Compare _ Montpelier 1987.

وانظر الدكتور حسن زكي الابراشي، ص291.

الدكتور محمد فائق الجوهري، ص302.

كما أن القضاء الإيطالي يميل إلى إباحة التجربة الطبية متى كانت برضاء المريض.

الأمر يختلف بالنسبة لمريض يعاني من مرض خطير أو لا يرجى شفاؤه فتجرى التجربة الطبية عليه إذا كانت قد روعيت الضوابط المشار إليها ولأن القول بغير ذلك معناه جمود النصوص القانونية وتوقف علم الطب عن التطور من أجل خدمة الإنسانية، فما الذي يمنع من استخدام عقار معين جديد لتخليص المريض من عذاب الأورام السرطانية طالما أن الهدف هو قصد العلاج والبراءة من الآلام؟ ومن ثم الوقوف على الآثار الجانبية للعقار الجديد لفائدة البشرية؟ ثم الذي يمنع من استخدام الأدوية أو الاجتهاد الطبي لمعالجة العقم إذا كان الزوجان يرغبان في ذرية ولم يرزقا بالأولاد فتخضع الزوجة أو الزوج لتجربة عقار جديد أو طريقة جديدة؟

كما نعتقد بإمكانية إجراء التجارب الطبية على الأشخاص المحكومين بالإعدام عن جرائم خطيرة ارتكبوها بحق المجتمع على أن يخفض العقاب إلى درجة السجن المؤبد ودون أن يكون هناك خطورة من العدوى على سلامة المجتمع وهذا ما ينسجم مع ما قلناه أيضاً في هبة الأعضاء البشرية من المحكومين بالإعدام لا سيما في بعض من الولايات الأمريكية مثل (أوهايو) تسمح بإجراء التجربة الطبية على جسم الشخص المحكوم بالإعدام. وأن كثيراً من الفقهاء والأطباء يجيزون ذلك، وأما معارضة القلة فلا نعتقد أنها تقوم على أسباب مقنعة لأن الألم مهما كانت درجته فهو أقل مرارة من شبح الموت المخيف.

كما نخلص من كل ما تقدم إلى تأييد الأستاذ الدكتور حسن الذنون[1] في هذين المبدأين وهما:

المبدأ الأول: يسمح للطبيب باستعمال العلاج الذي يعتقد أنه علاج مناسب لحالة المريض ويضمن له الشفاء وتخفيف الآلام وتحسين الحالة ولا يدخل هذا الأمر ضمن مفهوم التجارب الطبية حتى ولو استخدم طريقة جديدة مألوفة أو لا يقرها الكثير من

---

(1) المسؤولية الطبية، محاضرات غير منشورة، ص48.

الأطباء، بل حتى ولو أعطى الطبيب مريضه دواء من صنع الطبيب أو تركيبه أو من الوصفات القديمة التي أخذها الطبيب المعالج عن بعض الكتب الطبية القديمة (كتذكرة الأنطاكي مثلاً).

المبدأ الثاني: لا يجوز للطبيب سلوك طريقة غير مضمونة في العلاج من شأنها أن تنطوي على قدر كبير من الخطر والمجازفة ولا يجوز له أن يعمد إلى أبحاث تجريبية على مريضه دون أن يكون مؤهلاً من الناحية العلمية للقيام بها وهو ما أوجبته قواعد هلسنكي لعام 1964 سالفة الذكر، فلو نجم عن هذه التجارب موت المريض أو إصابته بحروق أو جروح فإننا نكون أمام جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات لوجود الخطأ الجنائي ويحق للمتضررين المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم.

هذا بالإضافة إلى أن استخدام طريقة الوخز بالإبر ليست ضمن التجارب الطبية إذ إنها تستخدم في العديد من الدول كالصين وأن بعضاً من علماء الطب العرب أشار في كتبه إلى هذه الطريقة منذ أكثر من 250 عاماً، وقد توصل الطبيب الصيني (وانغ شي روي) إلى طريقة فعالة هي الضغط بدلاً من الوخز بالإبر أي بالضغط بأصبع اليد على نقط الوخز الإبري بدلاً من طريقة الوخز بالإبر حيث عالج الطبيب وانغ 40 مريضاً بالطريقة المذكورة وبلغت نسبة فعالية العلاج مئة بالمئة وفقاً لما نقلته وكالة الأنباء الصينية ويستمر الضغط بأصبع الإبهام لمدة دقيقتين أو خمس دقائق لتسكين آلام البطن وتشنج المعدة والأمعاء[1].

ومن الجدير بالذكر أن وكالة CNN نشرت يوم 17 نوفمبر 2010 عنواناً مهماً يتعلق بالتجارب الطبية لمرضى السكري في فرنسا جاء فيه ما يلي:

(أوصت وكالة "لو أفساب" الصحية الفرنسية الأربعاء 17 نوفمبر 2010، المرضى الذين تناولوا دواء السكري "ميدياتور"، بالخضوع لاختبار فوري لاكتشاف أية أضرار

(1) جريدة الثورة البغدادية، 1989/2/24.

محتملة في صمام القلب. وكان تقرير أجرته مؤسسة فرنسا الوطنية للتأمين الصحي، كشف أن نحو 500 شخص يمكن أن يكونوا لقوا حتفهم على مدار 30 عاماً، بسبب مضاعفات تتصل مباشرة بدواء "ميدياتور." وطوال تلك الفترة، يوصف الدواء ذاك لمرضى السكري وأولئك الذين يعانون من السمنة أو زيادة الوزن. وصرف الدواء، الذي توقف صنعه عام 2009، لأكثر من 303 آلاف مريض، وفقاً لمؤسسة التأمين الصحي، ووجد أنه يتسبب بمضاعفات في القلب بالنسبة لبعض المرضى. وتم تبليغ اتحاد الأطباء الفرنسي، الذي استعد لاختبار المرضى الذين تناولوا "ميدياتور،" لأكثر من ثلاثة أشهر خلال السنوات الأربع الماضية، وفقاً لما قاله مسؤولون صحيون أكدوا أن لجنة رصد وتحقيق ستشكل للنظر في المسألة).

الفصل الرابع

الجزاء القانوني عن إجراء التجربة الطبية

يقصد بالجزاء القانوني، الأثر الذي يرتبه القانون على إجراء التجربة الطبية دون مراعاة للضوابط سالفة الذكر ولا يظهر هذا الأثر إلا بقيام المسؤولية حيث تبنى المسؤولية الجنائية على أساس الخطأ وتقوم المسؤولية المدنية على أساس وجود الضرر، هذا إلى جانب الجزاء الذي تفرضه القوانين والأنظمة الإدارية ذات الطابع العقابي أو التأديبي. وإذا كان الأثر المترتب على قيام المسؤولية الجنائية هو العقوبة فإنه الجزاء المدني العام هو التعويض عند قيام المسؤولية المدنية، بينما تكون للجزاءات التأديبية الإدارية جانب عقابي أو تأديبي على نحو ما سنبينه في مباحث ثلاثة وهي:

المبحث الأول: الجزاء التأديبي.

المبحث الثاني: الجزاء الجنائي.

المبحث الثالث: الجزاء المدني (التعويض).

المبحث الأول

الجزاء التأديبي

لا يقتصر الجزاء التأديبي على ميدان العمل الطبي في إجراء التجارب الطبية على الجسد البشري لاكتشاف الآثار الأصلية والجانبية لدواء معين وإنما يمتد ليشمل حتى إجراء التجارب في نطاق نقل وغرس الأعضاء البشرية فقد تعرض العديد من الأطباء في العالم في محاولاتهم الفاشلة في نقل وغرس الأعضاء البشرية إلى العقوبات التأديبية من الجامعات التي كانوا يعملون فيها كسحب اللقب العلمي منهم أو حرمانهم من ممارسة مهنة الطب لفترة زمنية لعدم مراعاتهم ضوابط نقل وغرس الأعضاء البشرية وأهمها إغفالهم لرضى الشخص المنقول منه العضو البشري.

وفي العراق مثلاً فإن قانون انضباط موظفي الدولة رقم 69 لسنة 1936 المعدل نص على أن تكون قراراته ملزمة (المادة 4/59) وأن ما يصدر عن المجلس ليست قرارات إدارية يمكن للسلطة الإدارية الأعلى إلغاءها، وإنما قرر لها المشرع الطابع القضائي.

كما أن التكييف القانوني لقرارات لجان الانضباط في دوائر الصحة في المحافظات ووزارة الصحة تعد بمثابة (حكم قضائي) وغاية الأمر أن الطعن بقرار لجنة الانضباط يكون أمام مجلس الانضباط العام بدلاً من محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز، لأن الخطأ الطبي الذي يقع هو خطأ وظيفي يسير أو جسيم حسب الأحوال كالطبيب الذي يرتكب خطأ طبياً في المعالجة أو في التشخيص أو المرضة التي ترتكب إهمالا وتقصيراً فتموت المريضة من جراء ذلك أو تصاب بعاهة بدنية مستديمة أو غيرها. ولعل السبب في إناطة النظر بأمر هذه الأخطاء من اللجان الإدارية ثم الطعن

بها أمام مجلس الانضباط العام هو التخفيف عن كاهل القضاء الاعتيادي، كما يذهب إلى ذلك البعض[1].

إلا أن هذا الاتجاه أو التبرير غير سليم وليس عادلاً، إذ غالباً - وربما دائماً - يتعاطف الأطباء (أعضاء اللجنة) مع زميلهم الذي ارتكب الخطأ فيذهب حق المريض هدراً[2]. ثم إن الاتجاه في كثير من الدول إناطة أمر الأخطاء الطبية والمخالفات التي تصيب الغير بالضرر بالمحاكم الاعتيادية التي تستعين بأهل الخبرة للتدقيق ثم الفصل في الدعوى وأن كثرة القضايا أمام القضاء وفكرة التخفيف عنه أمر غير مقنع. هذا فوق أن الإدارة تتمتع بوظيفة مزدوجة، فهي من جهة خصم، لأن مرتكب الفعل الضار تابع لها (وظيفياً أو مهنياً) كالطبيب أو الصيدلي أو الممرضة، وهي من جهة ثانية بمثابة الحكم أو القاضي الذي يفصل في النزاع المعروض. ومثل هذا الأمر غير جائز ويتنافى مع قواعد العدل والعدالة، سيما وأن لجان الانضباط المشكلة في المحافظات أو الوزارات أو دوائر الصحة لا تضم من بين أعضائها من المختصين بعلم القانون إلا في بعض اللجان.

إن الأخطاء الطبية دون مراعاة الشروط التي أوضحناها أم في غيرها كالإهمال والتقصير وعدم العلاج أو التأخر فيه أو الإضرار بجسد المريض أثناء العمل الجراحي مثلاً تخضع أولاً ضمن القانون الجنائي إن كان الخطأ جسيماً كما لو أحدث العمل الطبي مهما كان شكله (إيجاباً أم سلباً) العاهة المستديمة كالعجز الكلي أو الجزئي أو أن يكون قد أدى إلى الوفاة، كما يخضع للقانون المدني فيلزم الفاعل بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية (الضرر المعنوي) الأمر الذي يوجب جعل النظر في

---

(1) الدكتور عبد القادر الشيخلي، المحاكمة الغيابية في الدعوى التاديبية، العدالة، العدد الأول، السنة 6، 1980، ص 136.

الدكتور عبد القادر الشيخلي، مشكلة الجزاء المقنع في تاديب الموظف العام، العدالة، العدد الثالث، السنة 5، 1979، ص 871.

(2) انظر على سبيل المثال تأكيداً لما نقول ما نشر في صحيفة الجمهورية عدد 7105، في 1989/3/1 حول وفاة مواطنة في مستشفى الكوت العام (11).

هـذه الأخطـاء مـن اختـصاص القـضاء الاعتيـادي سـواء وقـع الخطـأ في المستـشفى الحكومي أو الأهلي أو العيادة الخاصة.

أما المخالفات الأخرى التي يرتكبها الشخص ولها صلة بالوظيفة العامة ويستحق عنها الموظف العام التأديب فهي:

1. المخالفات ذات الطابع المهني المحض كالتأخر عن الحضور للعمل أو الإهمال في أداء الواجب بحسن نية أو بسوئها.
2. المخالفات التأديبية ذات الطابع السياسي.
3. المخالفات التأديبية ذات الطابع الأخلاقي، وهي ذنوب تتمثل في خروج الموظف على أخلاق المجتمع على نحو صارخ وبشكل يسيئ لسمعة الوظيفة العامة[1].

إن الجزاء التأديبي طبقاً لقانون انضباط موظفي الدولة لسنة 1936 المعدل يتمثل في العقوبات الانضباطية التالية:

1. الإنذار، وتتمثل هذه العقوبة بإرسال كتاب إلى الموظف يذكر فيه الذنب المرتكب من الموظف ويلفت نظره إلى وجوب عدم تكراره وتحسين أعماله في المستقبل.
2. قطع راتب لمدة لا تتجاوز عشرة أيام.
3. التوبيخ وتتمثل في إرسال إخطار تحريري إلى الموظف يذكر فيه الذنب الذي ارتكبه وأن هناك من الأسباب ما يجعل سلوكه ليس مرضياً بسبب ذلك ويترتب عليها تأخير نيل الموظف زيادة راتبه وترقية درجته مدة سنة اعتباراً من تاريخ إكمال المدة القانونية (المادة 8 فقرة أ، ب).

---

(1) الدكتور عبد القادر الشيخلي، المخالفة التاديبية ذات الطابع الأخلاقي، مجلة العدالة، العدد الثاني، السنة 6، 1980، ص 277.

أما العقوبات التأديبية فتتمثل في إنقاص الراتب وتنزيل الدرجة (المادة 10) والفصل من الوظيفة (المادة 1/11) ثم العزل، فيتضح من ذلك أن العقوبات التأديبية أكثر قساوة من العقوبة الانضباطية، لأن الأولى لا تبلغ حد قطع صلة الموظف بالوظيفة. ولهذا فإن الكثير من الحالات التي توجد فيها أخطاء الطبيب مهما كان نوع الخطأ - حتى وإن كان عند قيامه بالتجرية دون مراعاة لشروطها - فإن العقوبة نادراً ما تبلغ حد العقوبة التأديبية وتنحصر في توجيه الإنذار أو التوبيخ[1].

ويلاحظ أنه في حالات الأخطاء الوظيفية الجسيمة من الأطباء فإن قرار الفصل يصدر (بعد إجراء التحقيقات الأصولية) من مجلس قيادة الثورة[2]، أو من وزير الصحة أو مدراء المستشفيات طبقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 620 في 1988/6/23 المنشور في آب 1988 وجاء فيه:

1. يخول وزير الصحة معاقبة أي منتسب من منتسبي الوزارة في حالة ثبوت تقصيره (عدا من صدر مرسوم جمهوري بتعيينه) بأي من العقوبات الآتية:

أ- الفصل لمدة لا تزيد عن 5 سنوات مع منع من مزاولة المهنة طيلة مدة الفصل.

---

(1) انظر مثلاً ما نشر في صحيفة الجمهورية يوم 989/3/1 (ص11) حول وفاة مواطنة في المستشفى العام للكويت ومعاقبة الدكتورة هدى والدكتور باسم بعقوبة الإنذار ومعاقبة الدكتورة أميرة بعقوبة التوبيخ وإحالة الطبيبة فائزة والدكتورة ماجدة إلى لجنة انضباط في دائرة الصحة وإحالة السائق عبد العظيم إلى لجنة انضباط واسط لإهماله وتقصيره في الموضوع، وفي قضية أخرى توفي فيها شخص في مستشفى الفرات الأوسط في الكوفة لإهمال طبيب جرت معاقبته في 1981/1/25 بعقوبة التوبيخ فقط استناداً لأحكام المادة 13 من قانون انضباط موظفي الدولة (قرار رقم 9): الصادر عن لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة (غير منشور).

وفي قضية أخرى عوقبت المرضة سعاد من لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة بعقوبة الإنذار فقط عن إهمالها وتقصيرها الذي أدى إلى وفاة الطفلة (عراق). (قرار رقم 7 في 1980/11/16) غير منشور.

ويلاحظ على هذه القرارات أنها لم تذكر إلا حالة للطبيب أو المرضة وغيره لإجراء محاكمته عن التهمة المنسوبة إليه! وليس هناك أي شخص من أعضاء اللجنة ممن يعلم بالقانون!

وفي قضية أخرى عوقب طبيب بعقوبة الإنذار لإهماله وتقصيره الذي أدى إلى وفاة (مواطنة) وصدر القرار في 1986/12/16 علماً أن الطبيب حالياً خارج العراق، إلا أن مجلس الانضباط شدد العقوبة إلى (التوبيخ) لإهماله وإخلاله بوظيفته لأنه ترك المريضة بحالتها الخطرة وذهب إلى النوم في دار الأطباء.

(2) انظر مثلاً قرار رقم 90 في 1986/1/21 القاضي بفصل (رضية) الطبيبة في مستشفى السماوة من الخدمة ولا يعاد استخدامها في أية وظيفة حكومية نشر في الوقائع العراقية المجموعة الشهرية شباط 1986.

ب- الإحالة على التقاعد بدرجة أدنى مع منع من مزاولة المهنة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات.

2. يخول المدراء العامون ومدراء المستشفيات ممارسة الصلاحيات المذكورة في الفقرة (1) أعلاه بالنسبة لموظفي الدرجة الرابعة فما دون العاملين في دوائرهم عدا الموظفين من ذوي المهن الطبية.

المبحث الثاني

الجزاء الجنائي

يقوم الجزاء الجنائي عند وجود الخطأ الجنائي والذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية ويراد به (مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص) ولهذا فهو أخص من الخطأ المدني وأن الفعل الذي يعد خطأ جنائياً قد يعد في الوقت ذاته خطأ مدنياً وقد لا يكون كذلك[1]. وقد نصت المادة 107 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 على ما يلي: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً).

وإذا كان الاعتبار في الخطأ الجنائي هو الإضرار بالمجتمع والجزاء فيه العقوبة الجنائية فإن الخطأ المدني ينظر إليه من ناحية الإضرار بالفرد والإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد والجزاء فيه إنما يتأدى في إصلاح ذلك التوازن بما يقضي به من تعويض[2].

وقبل بيان الحماية التي يكفلها قانون العقوبات للحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري لابد من القول أن أركان الجريمة هي:

---

(1) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ2، في الالتزامات، ط5، 1988، ص278.
ويلاحظ مثلاً أن ترك السيارة دون مصابيح في شارع عام ليلاً خطأ جنائي سلبي يسأل السائق عن فعله ولا يسأل مدنياً لعدم وجود الضرر بشخص كما يرى الأستاذان حسين عامر وعبد الرحيم عامر، في المسؤولية المدنية، ط2، 1979، ص157.
(إن في بعض الأفعال التي يعاقب عليها القانون الجنائي ولكنها لا تترتب عليها جريمة مدنية وبالتالي لا توجب المسؤولية إذا لم تحدث ضرراً أو لم تستكمل العناصر اللازمة لقيام المسؤولية المدنية كما في بعض أحوال، وفي جرائم التشرد والتسول وما إلى ذلك).
ونحن نعتقد أن هذا غير صحيح على إطلاقه إذ يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية حتى في حالة الشروع بالقتل لأنه مساس بالتكامل الجسدي للإنسان لما يحدث من رهبة وخوف وانفعالات نفسية فيصاب من شرع بقتله بضرر معنوي يستحق التعويض عنه، لأن الخوف والفزع والرهبة أساس يلحق في التكامل الصحي والنفسي للشخص.

(2) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ص157.

الركن الأول: الركن الشرعي. أي نص القانون الذي يجرم الواقعة (المادة 1 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969).

الركن الثاني: الركن المادي. يتمثل في السلوك الخارجي الإيجابي أو السلبي الذي تتحقق به الجريمة (المادة 28 من قانون العقوبات العراقي).

الركن الثالث: الركن المعنوي. أي توفر أهلية الجاني بقيام الإدارة الحرة والاختيار وعندها يكون الفاعل مخطئاً[1]. وقد نص قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 على هذا الركن في المواد (33 ـ 38) واعتبر الركن المعنوي يتضمن (القصد الجرمي والخطأ).

إلا أن لكل جريمة أركاناً خاصة أيضاً، ففي إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري والتسبب في العاهة البدنية أو الموت يلزم قيام أركان هذه الجريمة وهي:

1. **الركن الشرعي:** وقد نصت عليه المواد الخاصة بقانون العقوبات تحت عنوان (جرائم الاعتداء على الأشخاص)[2].

---

(1) الدكتور حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ط2، جـ1، 1976، ص130.
الدكتور على حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات، النظرية العامة، جـ1، ط1، 1968، ص254 ـ 255.
الدكتور مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية، 1985، ص37. المادة 28 من قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 تنص على الركن المادي للجريمة حيث جاء فيها: (الركن المادي للجريمة سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون).
وفي هذا السياق نشير إلى نص المادة 14 قانون العقوبات البولوني لسنة 932 التي جاء فيها: (أن الجريمة العمدية تعتبر قائمة ليس فقط عندما يريد الجاني ارتكابها وإنما عندما يتوقع إمكانية حصول أثرها الجرمي ويقبل باقترافها).
والمادة المذكور تشير إلى حالة الطبيب الذي يحقن المريض بسمّ لغرض التجربة العلمية فتزهق روحه.
الدكتور حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، جـ3، 1976، ص109.
ويذكر الدكتور العوجي في ص40: (أن الخطأ الجنائي هو خرق لقاعدة قانونية آمرة أو ناهية مقرونة بعقوبة جزائية. والقاعدة القانونية هنا هي قاعدة جنائية تتضمن موجباً بفرضه قانوناً على الفرد تحت طائلة الجزاء. هذا الموجب يتطلب إما عملاً إيجابياً معيناً وإما امتناعاً عن عمل. فإذا أخل الفرد بهذا الموجب ولم يحترمه أو لم يتقيد به أو تجاوزه عرض نفسه للعقوبة التي لحظها النص).

(2) عالج قانون العقوبات لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية الصادر عام 1976 الجرائم الواقعة على الأشخاص على النحو الآتي:
1. الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم (المواد من 129 ـ 144).
2. الاعتداء على حرية الإنسان وكرامته (المواد من 145 ـ 160).
3. الجرائم الماسة بالأسرة والصغار (المواد من 161).
نشر القانون في مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل العراقية، العدد الثالث السنة الثالثة، 1977، ص511.

2. الركن المادي: وهو قيام الشخص بإجراء تجربة طبية خلافاً للضوابط القانونية فأدى إلى العاهة المستديمة أو الموت.
3. الركن المعنوي: ويقصد به القصد الجنائي في الجرائم العمدية، أي نية إزهاق الروح، أي الاعتداء على جسم الجريمة بإنهاء حياة الإنسان بالاعتداء على حقه في الحياة وقد تكون الجريمة غير عمدية عند عدم توافر القصد الجنائي.

ولاشك أن قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل اعتبر عمل الطبيب وإن كان ماساً بالجسم البشري من أسباب الإباحة لأنه يستعمل حقاً نصت عليه المادة (41) في فقرتها الثانية على ما يلي:

(1- لا جريمة إذا وقع الفعل استعمال لحق مقرر بمقتضى القانون ويعبر استعمالاً لحق.

2- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثلة الشرعي أو أجريت بغير رضاء أيهما في الحالات المستعجلة)[1].

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل إن القيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري يعد من أسباب الإباحة؟ ومتى يكون ذلك؟ أم أنه يعد من الأفعال المضرة بالحق في الحياة والسلامة البدنية؟

والواقع أن الطبيب قد يحار في علاج حالة معروضة عليه فيسلك طريقاً للمعالجة قد يشكل (خطأ طبياً) يسأل عنه حسب ظروف كل قضية وحيثياتها، إلا أن التجربة الطبية التي تجرى على الشخص لا تمليها حالة المريض، وإنما بهدف الوصول إلى نتائج

= ويذكر الأستاذ الدكتور حميد السعدي في مؤلفه القيم الموسومة بـ (شرح قانون العقوبات، جـ3، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بغداد، 1976، ص33 ـ 34). بأن جرائم الاعتداء على الأشخاص هي (جرائم الضرر البدني) التي تتمثل في إصابة الإنسان ببدنه سواء سببت له الموت أم لم تسببه كالقتل والضرب المفضي إلى موت والفعل المؤدي إلى العاهة الجسدية وغيرها.

(1) تقابلها المادة 186 من قانون العقوبات اللبناني.

عملية أو لتحقيق شهرة علمية معينة فإن هذا الفعل يعد (خطأ جنائياً) موجباً للمسؤولية الجنائية والمدنية، لأن الفعل هنا يعد جريمة عمدية وبصرف النظر عما إذا كان الطبيب أو الجراح قد راعى في عمله الأصول الفنية كما لا يرفع المسؤولية قبول الشخص بإجراء التجربة على جسده لأن سلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلاً للتصرفات ولا يباح مسها إلا لضرورة فائدة الإنسان ذاته[1].

ولقد استعمل المشرع الألماني تعبير الإيذاء البدني للدلالة على كل جرائم الاعتداء على سلامة الجسم التي تنص عليها المواد من 223 إلى 233 من قانون العقوبات الإيطالي، حيث وزعت هذه الأفعال التي تقوم عليها هذه الجرائم إلى نوعين: سوء المعاملة البدنية والإضرار بالصحة، وألحقت بهما صورة ثالثة هي إعطاء المواد السامة أو الضارة بالصحة، حيث يجرم الفعل في الحالة الأخيرة ولو لم يترتب عليه حدوث ضرر صحي[2].

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، مارس 1948، ص289 ـ 290.

نصت المادة (5) من القانون المدني الإيطالي على أن أعمال التصرف التي ترد على الجسم محظورة إذا كانت تسبب انتقاصاً جسدياً مستديماً أو كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة. ويعتمد الفقه الجنائي النص لتحديد قيمة راء المجني عليه في جرائم الاعتداء على سلامة الجسد.

د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 29، العدد 3، 1959، ص557.

وقد جاء في حكم محكمة السين عام 1935 (لايجوز بأن يكون الجسم الآدمي سلعة تجارية تعرضه في الأسواق وموضوعاً لتجارب خطرة في ذاتها ولا فائدة منها لمن يتعرض لها) وفي قرار آخر لمحكمة باريس عام 1913 أن رضاء المريض بأن يضع نفسه تحت التجربة يعد باطلاً ومخالفاً للأدب.

د. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية، ص505 ـ 509.

ويذكر الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني، ص569، بخصوص دور رضاء الشخص في رفع الصفة الجرمية عن الفعل الماس بسلامة الجسم في أنه اتصل رجل بفتاة لا تربطه معها علاقة زواج وأزال غشاء البكارة فإن هذا الفعل يعد مساساً بالسلامة الجسدية لأنه عبث بمادة وعدوان على التكامل الجسدي فالرضاء قد يبيح هذا الفعل ولا يعد عدواناً على الجسم في بعض المجتمعات مثل أوروبا حيث فرض الزواج قائمة لغير الباكرات ولكنه يعد عدواناً على السلامة البدنية في مجتمعات أخرى مثل مصر والعراق لأن تقاليد المجتمع تقلل من فرض زواج غير الباكرات.

كما يذهب بعض الشراح أن إصابة المعتدى عليها بمرض زهري أو إزالة غشاء البكارة لفتاة فإن الجاني يلقب بظروف مشددة لأن البكر لها سلامة جسدية أكبر من غير البكر في المجتمع الأردني لأنها تشكل عاهة بدنية مستديمة.

الدكتور محمد صبحي نجم، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في قانون العقوبات الأردني، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق في الكويت، 1988، ص146.

(2) د. محمود نجيب حسني، البحث السابق، ص573.

إن قيام الطبيب أو أي شخص (كشركة أدوية أو صيدلي) بالتجربة الطبية قد يؤدي إلى الجرح (تمزيق لأنسجة الجسم الطبيعية) وهو مساس واضح بالحق في السلامة الجسدية سواء حصل باستخدام مشرط أم بوخزة إبرة أم بغيرها[1]، سواء ولد آلاماً أم لم يسبب أي ألم، فإنه يعد اعتداءً على الحق في سلامة الجسم وفعلاً جرمياً يستحق الفاعل عنه الجزاء الجنائي، لأنه يشكل خطأ جنائياً يوجب قيام المسؤولية الجنائية.

وكذلك الحال بالنسبة للضرب بالضغط على أنسجة الجسم دون تمزيقها سواء باليد أم بالعصا أم بغيرها وسواء وقع من الطبيب أم الممرض أم من هو في حكمه، فالمجبر الفني للكسور وإن لم يكن طبيباً وحائزاً على شهادة طبية حكمه حكم الطبيب في أعماله الطبية التي جرى العرف الاجتماعي على قيامه بها، فلو قام بتجربة معينة دون أن تمليها حالة المريض لإصلاح كسر معين أو رض في الجسم فإن الخطأ الجنائي الذي ارتكبه يخضع تحت طائلة قانون العقوبات حسب مدى الضرر الذي لحق بالشخص[2].

هذا فضلاً عن أن إعطاء المواد الضارة تشكل مساساً بصحة جسم الإنسان وخطأ موجباً للمسؤولية القانونية، ونعتقد أن الشخص القائم بالتجربة الطبية مسؤول

---

(1) د. محمود نجيب حسني، ص574 ـ 575.

لاشك أن ختان شاب برضاه بعد دخوله في الإسلام لا يعد جرحاً أو اعتداء موجباً للمسؤولية المدنية لأن الشريعة الإسلامية أجازت الختان. إلا أن الطبيب قد يسأل عند جريمة الخطأ الطبي لإحداث عاهة بدنية مستديمة حين يقوم بالختان ويرتكب خطأ جسيماً يلحق ضرراً بالشخص.

انظر حكم محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز) الصادر في الكويت حول قضية من هذا النوع للطعنين رقم 100 و979/108 والمؤلف القيم الذي أعد لمناسبة هذه القضية:

الدكتور أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، 1986، ص221 وما بعدها و13 وما بعدها.

(2) قضت محكمة النقض المصرية (نقض جنائي 1974/3/11) بأن أساس عدم مسؤولية الطبيب استعمال الحق لقرار بمقتضى القانون، أما من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب فإنه يسأل عما يحدثه بالغير من جروح وما إليها باعتباره معتدياً (على أساس الفعل العمدي) ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية وانتهت المحكمة إلى مسألة قابلة لإجرائها عملية ختان طفل تخرج عن نطاق الترخيص المعطى لها الذي ينحصر حقها بمقتضاه في مباشرة مهنة التوليد دون غيرها.

د. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، ص53.

عن فعله بإعطاء المواد الضارة حتى ولو لم تلحق ضرراً بالصحة مباشرة أو تتعطل وظائف الجسد نظراً لاختلاف القدرات البدنية ولاحتمال حصول الضرر البدني مستقبلاً.

وقد تعد تجربة الطبية اعتداء على جسم الإنسان توجب المسؤولية القانونية على الفاعل في حالات أو صور أخرى تدخل من مفهوم العنف والتعدي أو سوء المعاملة البدنية أو للإضرار بالصحة أو الإيذاء البدني أو غيرها.

نخلص من ذلك أن القائم بالتجربة يكون مسؤولاً من الناحية الجنائية والمدنية عن التجربة، لأن فعله لم يكن بقصد شفاء المريض وتخليصه من آلامه ولأن القائم بالتجربة يكون قد خرج عن الحدود المرسومة له قانوناً فاعتبر فعله (خطأ جنائياً) يوجب الجزاء الجنائي[1]. وقد يؤدي إلى العجز الجزئي الدائم أو إلى العجز المؤقت[2].

---

(1) انظر تفصيلاً التجربة الطبية على المرضى وعلى صحيح البدن وعلى المشوهين والمختلفين عقلياً:
د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية، ص305.
وبهذه المناسبة قضت محكمة السين في سنة 1910 بأن الابتكار في المسائل الطبية غير ممنوع ولكنه يجب أن يصدر عن ذمة خالصة وأن يقوم على أبحاث علمية جدية وأن يكون الغرض الوحيد منه شفاء المريض والطبيب يستطيع في هذه الحدود أن يستعمل العلاج الذي يهديه إليه لقياس وكل علاج جديد.
انظر تفصيلاً: محمد فائق الجوهري، ص307.
رفضت محكمة اكس عام 1906 على طبيب بالتعويض لأنه جرب على مريض علاجاً بالأشعة على خلاف الأصول اتبعة فتسبب بذلك في إصابته بحروق أعجزته مدى الحياة ولو أن الطبيب قد أجرى هذا العلاج بغير أجر.
انظر القرار في مؤلف د. محمد فائق الجوهري، ص307.

(2) نصت المادة 412 من قانون العقوبات العراقي لسنة 1969 المعدل، والمادة 311 من قانون العقوبات الفرنسي على العاهة البدنية المستديمة.

المبحث الثالث

الجزاء المدني (التعويض)

من القواعد العامة في المسؤولية المدنية ضرورة توافر ركن الضرر لقيام المسؤولية مع بقية الأركان وعدم وجود سبب أجنبي يدفع المسؤولية. وقد كفل القانون المدني الجزاء العام للاعتداء على حقوق الشخص مهما كان نوعها وألزم دفع التعويض للمتضرر. وفي هذا السياق نشير إلى نص المادة (50) من القانون المدني المصري التي نصت على ما يأتي: (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لاشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر). ولم نعثر على ما يقابل هذا النص لا في الدستور العراقي لعام 1970 ولا في الدستور الدائم لعام 2005 ولا في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، وإنما كفل المشرع في المادة 41 حماية الاسم من الاعتداء. ولهذا جاءت المادة 67 من مشروع القانون المدني العراقي الجديد سداً للنقص المذكور حين نصت على ما يماثل المادة 50 سالفة الذكر.

ومن الطبيعي أن المقصود بالحقوق اللصيقة أو الملازمة للشخصية هي الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وأن الاعتداء عليهما يوجب جبر الضرر بدفع التعويض للمتضرر والتعويض هو الجزاء المدني العام عن قيام المسؤولية المدنية سواء أكان لقيامها منفرداً عن المسؤولية الجنائية أم كان تبعاً لها.

كما تبين أن المشرع المدني الكويتي لم ينص على ما يقابل المادة (50) من القانون المدني المصري والمادة (67) من مشروع القانون المدني العراقي ولعل السبب في ذلك هو كفاية نص المادة 1/227 من القانون المدني الكويتي التي أوردت نصاً عاماً الفعل الضار (المسؤولية عن العمل غير المشروع) وقد جاء فيها ما يأتي: (كل من أحدث

بفعله الخاطئ ضرر بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً)[1].

أما المشرع الأردني فلم يغفل النص على الحقوق الملازمة للشخصية فنص في المادة (48) من القانون المدني عليها وأفرد المادة (49) منه للحق في الاسم واللقب وهو بذلك يكون قد سار على نهج المشرع المصري وبقية القوانين المدنية الوضعية وهو منهج موفق.

إن القائم بالتجربة الطبية الذي تتقرر المسؤولية المدنية يلزم عليه بدفع التعويض سواء نهضت مسؤوليته الجنائية عن الوفاة أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة أو العجز أو العاهة، أي في حالتي الإصابة البدنية المميتة أم في الضرر الجسدي غير المميت، أم لقيام مسؤولية الفاعل المدنية فقط ووجوب دفع التعويض[2].

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المادي الجسدي

يقصد بالضرر المادي الجسدي، الأذى الذي يقع على جسم الإنسان يؤدي إلى تعطيل كل وظائف الجسد أو بعضها وتفوت منفعة الأعضاء وبالتأكيد فإن المضرور ستتأثر ذمته المالية من خلال نفقات العلاج والدواء والإقامة في المستشفى وغيرها ويتعطل عن العمل فيفوت عليه الكسب المالي، وبالتالي فإن الضرر المادي هو الإخلال بحق ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية[3].

---

(1) أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون تفسيراً لهذا النص جاء فيه:
(وقد حرص المشروع على أن يصرح بوجوب توافر الخطأ لقيام المسؤولية عن عمل النفس سواء أجاء إحداث الضرر بطريق المباشرة أو التسبب، بمفهوم الفقه الإسلامي لكل من هذين الاصطلاحين. ذلك لأن المجال هنا هو مجال المسؤولية عن الضرر وليس مجال ضمانه. والخطأ هنا واجب الإثبات فعلى من يدعيه أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة).
ثم أردفت المذكرة الإيضاحية فذكرت أن الفقرة 1 من المادة 227 جاءت بنص عام يشمل العمل غير المشروع الواقع على النفس أم المال (في الإتلاف والنصب) ولم يشأ المشروع تعريف الخطأ تاركاً ذلك للفكر والاجتهاد القانوني.
المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص218 ـ 219.

(2) شروط أو أركان قيام المسؤولية المدنية بوجه عام انظر مثلاً:
Pierre raynaud et marguerite vanel - (Dalloz).
Rerertoire de droit civil - Tome vi Paris 1975 pp. 1-7.

(3)Dalloz - repertoire de droit eivil - Paris 1975 no.140 P.12.

ومن البديهي أن المتضرر نتيجة إجراء التجربة الطبية على جسده من الفعل الضار غير المشروع الذي قام به القائم بالتجربة يستلزم (حتى يطالب بالتعويض) ثبوت الضرر عليه بدعوى منه، إذ لا دعوى بلا مصلحة وأن تتوافر خمسة شروط حتى يكون قابلاً للتعويض وهي: أن يكون الضرر مباشراً[1]، فلا يعوض عن الضرر غير المباشر، لأنه ليس نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع فيما عدا القانون اللبناني (المادة 134) وقانون الالتزامات السويسري (المادة 99)، وأن يكون الضرر مؤكداً أي حل بالمجرب عليه بصورة فعلية ويقول الأستاذ (بوريس ستارك) بجواز طلب التعويض حتى عن الضرر المستقبلي طالما أن وقوعه مؤكد في المستقبل[2].

كما يلزم أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب بتعويضه، لأن التجربة الطبية إذا أجريت على جسد الإنسان ولم تسبب له الوفاة فإنه يستحق التعويض عن الضرر المادي المضرور شخصياً ومن يعيلهم وارثاً كان أم غير وارث إذا كانت قدرته الكسبية قد تناقصت وإذا كانت التجربة مميتة فإن من حرموا من الإعالة لهم دعوى شخصية ضد الفاعل للمطالبة بالتعويض. كما أن التجربة الطبية تلحق بالمصاب والمعالين ضرراً في حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ومن الغريب أن لا تعوض الخطيبة عن الأضرار المادية والمعنوية لوفاة خطيبها الذي أجريت عليه التجربة الطبية ، في حين يحق للعشيقة عند

الأستاذ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جـ1، ص568 ـ 854. انظر المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي في عناصر الضرر المادي: Code eivil-1987-Paris art. 1147.

وقارن مع نص المادة 266 من القانون المدني الأردني والمادة 207 مدني عراقي وانظر المادة 427 من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، 1988، ص390.

الدكتور أحمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 22، ص35 وما بعدها.

باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، شباط 1989. وقد جرت مناقشتها يوم 1989/3/15 وكانت تحت إشرافنا العلمي.

(1)Rene savatier - traite de Ia responsabilite civil en droit franvais - Paris 1951 p. 87.
Rene savatier-op.cit. p.88.

(2)Boris starck - droit civil - obligations - responsabilite Delictuelle - Paris 1987.p.55.

بعض الفقهاء الفرنسيين أن تطلب التعويض عن الضرر المادي الجسدي لوفاة عشيقها، وأن القضاء الفرنسي أجاز التعويض للخليلة إذا كانت علاقتها تحمل طابع الاستمرار الجدي في الحياة في قرار له صدر في 1970/2/27[1]. ولا يجوز تعويض المضرور مرتين عن فعل ضار واحد، أي أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه.

إن الإصابة الجسدية تمس الكيان البدني والصحي للإنسان وقد تكون مميتة أو غير مميتة فتلحق ضرراً يشكل عاهة مستديمة كفقدان عضو أو نقص في القدرة البدنية بفعل التجربة الطبية مما ينعكس على تناقص القدرة في الكسب أو عدم إمكانية العمل واستغلال الجهد البدني وانقطاع الدخل[2]. ولاشك أن من حق المتضرر اختيار المستشفى الذي يتعالج فيه مهما كانت التكاليف باهظة بهدف الشفاء من المرض الذي مس بدنه أو صحته من التجربة الطبية.

ويذكر الأستاذ (مازو MAZETUD) أن جسم الإنسان لا يتم إصلاحه كما في الأشياء، لأن المتضرر يتعرض دائماً لخطر عدم الشفاء الناقص مما يستوجب معالجته حتى بأغلى الأجور[3]. ويرى الأستاذ (ماكس لروا) ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي[4]. وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية ذهبت فيه إلى ما يلي: (أن اختيار المستشفى الذي تتم فيه المعالجة يعود للمصاب مادام يجد فيه حماية أكثر لنفسه وصحته ولا يجبر على البقاء في المستشفى الحكومي مادام المستشفى الأهلي الذي عولج فيه كان مجاراً وبإشراف أطباء أخصائيين ولا ينقص ذلك حقه في التعويض)[5].

وإذا ترتب على العمل الطبي قيام المسؤوليتين الجنائية والمدنية في آن واحد فيمكن للمتضرر رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من

(1) Jean carbonnier. les obligations (4) Paris 1982-p.89 P.357.
(2) Boris starck - ap. Cit. p. 53.
(3) Max le roy - l,evaluation de prejudice corporel-paris Paris 1974. p. 23.
(4) Max le roy - op. cit.p.23.
(5) رقم القرار 581/م1/978، مجموعة الأحكام العدلية، العدد3، السنة 9 1978، ص21.

كسب أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة الجنائية كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجنائية[1]. ونشير إلى نص المادة (26) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بهذه المناسبة التي نصت: (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة الثبات...).

والتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الجسدي الناتج عن إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري يشمل المصاب وغير المصاب حتى الدرجة الثانية سواء أكانت الإصابة البدنية مميتة أم غير مميتة وهو اتجاه سبق أن نادينا به في أكثر من مناسبة.

إن التعويض المدني ليس عقوبة، وإنما إزالة للضرر أو التخفيف منه، ولا يمكن تصور التعويض العيني هنا بإعادة المضرور إلى الحالة الصحية التي كان عليها قبل ارتكاب الفاعل للفعل الضار إلا في بعض الحالات[2]. وكذلك الغالب عدم إمكان حصول التعويض العيني في الإصابة الجسدية غير المميتة كقطع الطرف المتورم والذي أصيب بالتسمم من التجربة الطبية، إذ إن الطرف الاصطناعي لا يمكن أن يؤدي نفس وظائف العضو الطبيعي.

---

(1) د. سلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، ص585 ـ 597. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ص5.
الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، ص421 ـ 422.
Franrois chabas - responsabilite civil et responsabilite Penale - Paris 1975 pp.17-20.
انظر القرار الصدر عن الغرفة الجنائية 17 في 1986/4/17 بفرنسا (محكمة النقض) حيث جاء فيه (أن للقضاء الجنائي حجية الشيء المقضي فيه على القضاء المدني ولا يمكن للقاضي المدني أن يتجاهل ما يحكم به القاضي الجنائي كثبوت الخطأ على الفاعل).
انظر القرار كاملاً وتعليق الأستاذ (F. chabas) في المجلة العربية للفقة والقضاء تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، العدد الخامس، 1987، ص509.
وانظر بحثاً حديثاً عن الفقه الفرنسي حول (مبدأ وحدة الخطأين) وعكس هذا ينادي البعض فيقرون أن الخطأ المدني والخطأ الجنائي ليس من الطبيعة نفسها.
البحث منشور في المجلة المشار إليها، ص501.

(2) Savatier - Responsabiliti civil - ap - ut. P. 170.

والأصل أن يصار إلى التعويض النقدي الذي لحق بالمتضرر حسب المادة 209 من القانون المدني العراقي بإدخال قيمة مالية في ذمة المضرور موازية للقيمة التي حرم منها وقد يصار إلى دفعه جملة واحدة أو بأقساط دورية أو مرتب مدى الحياة حسب ظروف الحال وطبقاً لطلب المدعي بالضرر، وإلى هذا ذهبت المادة (435 من مشروع القانون المدني العراقي الجديد). بينما لم تجز التعويض الفقرة الثانية من المادة (2) من قانون التأمين الإلزامي لسنة 1980 إلا في صورة دفعة واحدة وهو اتجاه غير سليم لأنه يتعارض مع قواعد العدل والعدالة.

ونشير إلى أن هناك عوامل مؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار بجسد المجرب عليه منها ما يخص المسؤول كجسامة الخطأ المرتكب من الفاعل ومركزه المالي والتأمين من المسؤولية إن كان موجوداً ومنها ما يخص المجرب عليه كالخطأ الذي ارتكبه وحالته الصحية ووضعه الاجتماعي ونوع المهنة والوضع المالي[1]. كما يجب أن يكون تعويض المتضرر صحيح البدن أكبر من تعويض المتضرر عليل الجسم لاختلاف مدى الضرر على كل واحد منهما.

أما عن مدى الضرر فيقدر بطرق متعددة ولكن الرأي السائد قضاء في العراق الاستعانة بالخبير وغالباً ما يكون طبيباً شرعياً في الإصابات المميتة أو غير المميتة، إذ إن للمحكمة أن تستعين بالخبير حسب المادة (140) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979. وإن تقدير التعويض عن الضرر يكون يوم صدور الحكم لا يوم وقوع الضرر دون إغفال لارتفاع وانخفاض القوة الشرائية النقدية، وإن من حق المتضرر إعادة النظر في تقدير التعويض إذا تفاقم الضرر كما لو كانت الإصابة غير مميتة ثم حصل

(1) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ص971.
Nour - Eddine terki-les obligations - responarilite civile - alger 1980 p. 187.
انظر نص المادة (439) من مشروع القانون المدني العراقي حول العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار.

تطور صحي سيئ فأدى الفعل الضار إلى الوفاة فيحق للمتضررين المطالبة بالتعويض عن الوضع الجديد.

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي

ابتداء لابد من القول أن الضرر الجسدي الناشئ عن التجربة الطبية لا ينحصر في الأضرار المالية فقط، وإنما يمتد ليشمل الضرر المعنوي الذي نصت عليه المادة (205) من القانون المدني العراقي والمادة (222) من القانون المدني المصري والمادة (231) من القانون المدني الكويتي والمادة (267) من القانون المدني الأردني والمادة (431) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

والضرر المعنوي Le dommage moral هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية وهو إما أن ينشأ عن الآلام و التشويه الجسدي بفعل الجروح أو الإيذاء على جسد الإنسان أو ينشأ عن أسباب وحالات أخرى[1].

إن الضرر المعنوي قد يصيب المتضررين بالآلام والشعور بالحزن والمساس بالعاطفة نتيجة الجرح أو الإيذاء أو غيرذلك ، وعندها يستحق من وقع الاعتداء على حقوقه أو مصلحة المشروعة من القائم بالتجربة الطبية (طبيباً كان أم غيره) التعويض المدني وعلى القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار كذلك جميع الظروف الملابسة

---

(1) انظر: الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، جـ1، 1952، ص864 ـ 865.
الدكتور محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس بالإسكندرية، دون سنة نشر، ص 464 ـ 465.
الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، 1971، ص127 وما بعدها.
وانظر: إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 1989، وقد أعدت تحت إشرافنا العلمي ونوقشت يوم 1989/9/16 في بغداد.
Dr. Hassan abo el Naga - la transmissibilite aux Heritiers du droit.
Aredaration du pretium doloris journal law - Kuwait N.I vol. 11 1987 p.3.

كالاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض وجسامه الألم ومدة الدعوى وغيرها سواء في حالات العجز الكلي الدائم بفعل التجربة الطبية أم في حالة العجز الجزئي الدائم (كفقدان العين أو شلل اليد أو تورم الساق أو الحروق في الجسد) أم في حالة العجز المؤقت.

ونعتقد بصواب ما اتجه إليه المشروع المدني العراقي الجديد في المادة (431/ثانياً) حين أجاز لأول مرة للمستحقين عن تعويض الضرر حتى الدرجة الثانية في حالتي العجز الدائم للمصاب. فلم يحصر الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي في الإصابة الجسدية غير المميتة على المصاب وحده، وإنما شمل بذلك غير المصاب وبذلك يكون قد ساير المشروع اتجاه الفقه المدني الحديث[1].

أما إذا كانت الإصابة الجسدية مميتة للشخص الذي أجريت عليه التجربة الطبية فلابد من التمييز بين حالتين:

أولاً: أن يكون هناك اتفاق سابق لمقدار التعويض مع الفاعل أو طالب به المضرور قبل وفاته (طبقاً للقانون المصري والجزائري والمشروع المدني الجديد) أو صدر حكم نهائي وفقاً للقانون المدني العراقي، وهو اتجاه من المشرع العراقي غير سليم[2].

---

(1) نصت المادة 431/ثانياً من مشروع القانوني المدني العراقي الجديد ما يأتي:
(ثانياً: يجوز ان يقضي للأشخاص المشمولين بحكم الفقرة (أولاً) من هذه المادة، بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب إذا كان هؤلاء يعيشون معه).
ولا يخفى أن هذا النص جاء مرناً وغامضاً في عبارته الأخيرة ثم إن أولاد المصاب من المتزوجين وغير المتزوجين لا يعيشون معه لظروف تخص عملهم فكيف يحرمون من حقهم الثابت في التعويض معه؟ كما أن النص المذكور لم يضمن أو يذكر حق المال من غير الورثة في ذلك.

(2) انظر بحثنا الموسوم بـ (الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية)، مجلة العلوم العلوم القانونية والسياسية، العدد/6 1987، ص291، (النتائج والتوصيات).

والمقصود بذلك أن تتحدد قيمة التعويض عن الضرر المعنوي قبل الوفاة، ويصبح المبلغ حقاً ثابتاً للمضرور[1] قبل الوفاة ليدخل ضمن موجودات التركة فيوزع ضمن التركة للمستحقين وفق القسام الشرعي الذي حدد الأنصبة والسهام. وقبل تحديد التعويض اتفاقاً أو قضاءً لا يمكن القول بوجود حق للمضرور في التعويض عن الضرر المعنوي من القائم بالفعل الضار لهذه التجربة الطبية.

ثانياً: أن وفاة المجرب عليه حصلت مباشرة، وهنا ينشأ (حق شخصي مباشر) للمستحقين عن التعويض لضرر أصاب مورثهم. وفي رأينا أن تحديد درجة المستحقين للتعويض تكون حتى الدرجة الثانية فيكون للزوج والأب والأم والإخوة والأخوات والأبناء الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي الذي انعكس (ارتد) عليهم نتيجة الفعل الضار الواقع على المجرب عليه متى تقررت مسؤولية الفاعل القائم بالتجربة الطبية. وقد تتقرر مسؤولية الفاعل كالطبيب بالتبعية إذا كان تابعاً لمستشفى حكومي وأجرى التجربة فيها وفقاً لما نصت عليه المادة (219) من القانون المدني العراقي وللمتبوع أن يرجع على التابع حسب المادة (220) من القانون المذكور.

والأصل في التعويض عن الضرر المعنوي أن يكون نقدياً، لأن للنقود وظيفة تقويم وإصلاح للضرر مهما كان نوعه، إلا أنه لا يمنع ذلك من أن يكون التعويض غير نقدي كأن تأمر المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض كنشر اعتذار القائم بالتجربة الطبية في صحيفة أو أمام المحكمة أو أن تتعهد المستشفى بمعالجة المجرب عليه على

---

(1) وبعد تحديد مقداره يمكن أن تجري عليه حوالة الحق وذلك لتعيين مقداره وثبوته ويمكن إقامة الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق المدين) إذا أهمل الورثة المدينين في المطالبة به.

حول التفصيلات الخاصة بحوالة الحق في التعويض عن الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 4، 1987، ص 80 وما بعدها. (بحث الأستاذ الدكتور احمد شرف الدين).

نفقتها داخل العراق أو خارجه أو أن تقدم له هدية عينية ترضية له. علماً أن المشرع السوفيتي وإن لم يجز التعويض النقدي في نطاق التعويض عن الضرر المعنوي، إلا أنه أجاز التعويض غير النقدي[1].

(1) مالين، القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي، دار التقدم، موسكو، 1988، ص116 ـ 118.
Fundamentals of civil legislations of the U.S. S. R. and the union republics _ first priniting _ progress Publishes Moscow 1968. art. 7.

القسم الثاني

المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية

القسم الثاني

المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية

تمهيد:

أولاً: في التعريف بجراحة التجميل

يصعد تاريخ المسؤولية الطبية بوجه عام إلى فجر التاريخ أي منذ عرفت البشرية الأعمال الطبية والجراحية، وإذا كانت بعض الشرائع تترك مزاولة التطبيب والعلاج حرة دون قيد أو شرط إلا أنها تتشدد في المسؤولية الطبية عن النتائج الضارة التي تنشأ مما يباشرانه من علاج، ومن جهة أخرى كانت بعض الشرائع تحصر مزاولة هذه المهنة في أشخاص معينين أو تشترط في مزاولتهم للمهنة شروطاً محددة ولم تر داعياً لمثل هذا التشدد وإنما إلى مراعاة جانب الأطباء والجراحين تقديراً لسمو مهنتهم(1).

والأصل أن الأعمال الطبية على الجسم البشري توزع على نوعين وهما:

أولاً: الأعمال الطبية للجراحة العلاجية Chirurgie therapeutique التي تخص معالجة المريض وتخليصه من الآلام وإطالة أمد الحياة وتحقيق أو محاولة الوصول إلى غرض جوهري في صالح الشخص وهو شفاؤه من المرض. ومن هذه الأعمال معالجة

---

(1) لاحظ هذه التفاصيل وغيرها في التطور التاريخي المراجع التالية:
الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح المدني، ج2، في الالتزامات، مجلد/2، ط5، 1988، ص376 ـ 377، والمراجع التي يشير إليها.
الدكتور حسن علي الذنون، المسؤولية الطبية، محاضرات غير منشورة، 1987، ص1. الدكتور عبدالسلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، 1966، ص 396.
الدكتور محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطبع والنشر، 1951، ص7 وما بعدها.
سمير أورفلي، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، مجلة رابطة القضاة، السنة 20، 1984، ص 30 ـ 31.

الحروق والجروح واستئصال الزائدة الدودية ورفع الأورام السرطانية وإزالتها وقسطرة القلب وغيرها.

ويذكر البعض تعريفاً للجراحة بأنها الأعمال التي تعنى بعلاج الأمراض التي لا يمكن شفاؤها إلا بالتدخل الجراحي ويكون الشفاء فيها ملحوظاً[1].

ثانياً: الأعمال الطبية التجميلية (جراحة الترف) أو جراحة الشكل Chirurgie plastique وقد ذهب إلى تعريفها البعض قائلاً بأنها: (وهي التي لا يكون الغرض منها علاجاً مرضياً عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي)[2].

فالأعمال الطبية التجميلية لا يقصد منها المعالجة دائماً وإنما إزالة تشويه في الجسم ظاهر أو خفي لغرض علاجي أو جمالي بحت ومن هذه الأعمال الطبية التجميلية رفع الشعر من الوجه لشابة تريد الزواج أو إزالة تشويه عن فتاة تعاني من تضخم في الثديين أو بتر إصبع زائد أو تعديل أنف أو إزالة التجاعيد والغضون عن وجه فنانة وغيرها.

ومن الطبيعي أن ما يدخل ضمن هذه الأعمال إزالة العيوب البدنية بأصل الخلقة أي منذ الولادة والعيوب الطارئة لأي سبب كان وسواء أكانت لأغراض علاجية كخياطة العجان بعد الولادة أم لأجل الظهور بمظهر أجمل.

بناء عليه ذهب الدكتور لويس دارتيج Louis Dartigue إلى تعريف الجراحة التجميلية إلى أنها: (مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد)[3].

---

(1) سمير أورفلي، ص 30.

(2) سمير أورفلي، بحث سابق، ص30.

(3) يعد لويس دارتيج من المؤسسين لجراحة التجميل وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل.

ويذكر جانب من الفقه المدني بأن الناس، وبالأخص النساء، لا يرضون بما قسم الله لهم فالعجوز تريد أن تعود شابة والسمينة تريد أن تصبح هيفاء ممشوقة القوام وتود القصيرة لو طالت والطويلة لو قصرت والسمراء لو ابيضت والبيضاء لو لفحتها الشمس وهكذا[1]. بل يمكن القول إن فنون النساء كثيرة من أجل القوام والوجه الجميل سواء بالأعمال الطبية أم بغيرها من أجل جذب الجنس الآخر أو لتحقيق غايات معينة مختلفة.

إن العيوب التي تبدو على الجسم البشري قد تكون ظاهرة كعيوب الوجه واليدين والرأس حيث تلاحظ من الناس في الحياة الاعتيادية العامة أو قد تكون غير ظاهرة كضمور أو تضخم الأعضاء التناسلية أو الحروق على البطن أو الظهر أو التشوهات على الساقين. وهي عيوب، مهما كان مصدرها، لا تبدو للعيان إلا في مناسبات خاصة كمشاهدة الحروق أثناء السباحة أو ظهور التشوهات أثناء الألعاب الرياضية أو غيرها.

ومهما كان نوع هذه العيوب الجسدية، وسواء أكانت ظاهرة للناس أم خفية، لا تخرج عن أن تكون ناشئة بفعل أصل الخلقة كالتشوهات الولادية كما في وجود زوائد لحمية في الرقبة أو إصبع سادس في الكف أو غيرها. أو أن تكون هذه العيوب جاءت بصورة لاحقة لولادة الإنسان أي مكتسبة بفعل الكوارث الطبيعية أو الحروب أو الحوادث البدنية كالحروق والإصابات البدنية بفعل السيارات أو الجرائم الواقعة على الجسم من ضرب أو إيذاء يسبب عاهة بدنية مستديمة تترك أثراً واضحاً على الكيان الجسدي وربما تؤثر في القدرة الجسمانية إذا أحدثت عجزاً بدنياً دائماً كلياً أو مؤقتاً.

=

د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية، ص329.

سمير أورفلي، بحث سابق، ص30.

(1) حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، دون سنة نشر، ص292.

وفي هذا السياق يمكننا القول إن (علم الجراحة التجميلية) ظهر بصورة واضحة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية في أوروبا وأمريكا وتطور جنباً إلى جنب مع علم الجراحة العلاجية حتى انتشرت الآن في كثير من البلدان فكرة جراحة الشكل لتحسين ومعالجة جمال الإنسان نحو ما هو مرغوب اجتماعياً حتى ولو كانت هذه الأعمال الطبية بسيطة في حد ذاتها عند تفكير بعض الناس لاختلاف المقاييس والمعتقدات والأفكار بين البشر. وقد بلغ من تقدم هذا النوع من الجراحة أن أصبح يمكن جمع حتى عظام الفك المتناثر وأن يعوض الإنسان عن أي جزء يفقده من جسده على رأي البعض[1].

لذلك كان لابد للدول في جميع أنحاء العالم من وضع ضوابط أو تشريعات وقوانين تجيز فيها جراحة التجميل وتعتبرها فرعاً من فروع الجراحة العامة[2]. وهو ما سنفصل الكلام عنه.

يضاف إلى ما تقدم أن الأعمال الطبية التجميلية ذات صلة وثيقة بعلم النفس إذ إن كثيراً من الأمراض النفسية كالكآبة والانطواء والقنوط والشعور بالحزن أو الإحباط والعزلة الاجتماعية وغيرها قد يعود سببها إلى قبح الشكل الذي ربما يدفع الإنسان إلى الانتحار إذا توافرت عوامل أخرى. فلكل إنسان صورة لشكله في عقله

---

(1) د. محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص319.
د. حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص292.
وفي هذا الخصوص نقول ان هذا الكلام غير صحيح على اطلاقه لأن فقدان الانسان لعضو من أعضائه البشرية كالكبد أو الرئتين مثلاً لا يمكن تعويضه بسهولة نظراً لمخاطر العمل الطبي المذكور بل حتى الأعضاء الأخرى كالأنف الذي لا يمكن علاجه من الناحية الجمالية لنفس وضعه السابق أو المطلوب من المريض إذا فقد قسماً منه لأي سبب كان.
ونشير بهذه المناسبة أن من المفرح حقاً أن نقرأ الإنجازات الطبية الجديدة ومنها ما نشرته جريدة السياسة الكويتية في 1989/11/4 من تحقيق إنجاز طبي كويتي على مستوى عالمي حيث نشرت خبراً مفاده أن مركز حامد العيس للكلى وزرع الأعضاء أجرى يوم 1989/10/20 عملية ناجحة لزرع جزء من بنكرياس من شقيق لشقيقه مصاب بالسكري فاستغرقت العملية 6 ساعات وبهذا استغنى المريض نهائياً عن استعمال الانسولين الذي كان يحتاج إليه قبل العملية.
(2) سمير اورفلي، المرجع السابق، ص30.

وقد تتشوه هذه الصورة بسبب مرض أو حادثة أو عملية بتر لأحد أطراف وأعضاء جسمه وقد تكون الصورة الجديدة لشكله غير مقبولة لديه حتى ولو كانت مقبولة عند الآخرين فيكرهها أو يتنكر لها بالإهمال والتجاهل أو إيذاء الجسد أو يسعى إلى محاولة إصلاحها بعملية تجميل وربما العكس فيبقى أسيراً لظروف معينة تقوده إلى إنهاء حياته لعدم استطاعته العيش مع الحالة الجديدة لنفسه وكثيراً ما تكون هذه العاهات سبباً في الاكتئاب والانعزال والشعور بالنقص وقد تبين أن 29٪ من المنتحرين في لندن بعد الحرب العالمية الثانية كانوا مصابين بمرض جسمي عام[1].

كما أن من الجدير بالذكر أن الأعمال الطبية التي تمس الجسم البشري تدخل ضمن أسباب الإباحة[2] والترخيص القانوني، لأن الهدف منها شفاء المريض من مرض عضوي أو نفسي فهل يا ترى إن جراحة التجميل على شكل الإنسان عمل طبي يهدف للمعالجة والشفاء؟ وما هي الحدود القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن الجراحة

---

(1) الدكتور فخري الدباغ، الموت اختياراً، بيروت، 1986، ص69 ـ 70.
ويذكر أن من أسباب الانتحار عدم قدرة المنتحرين على تحمل المواقف المؤلمة التي آلت إليها حياتهم فقد انتحر طفل عمره 8 سنوات بسبب عاهة التأتأة المصاب بها وسخرية أقرانه منه كما اعترف طبيب وأستاذ عراقي بأنه حاول الانتحار مرة بالأقراص المنومة من شدة آلام المفاصل.
وانظر في العلاقة بين علم النفس والأمراض الجسمية والعاهات البدنية:
سمير أورفلي، البحث السابق، ص 32، وهو يشير في هامش (9) إلى مؤلف Peytel في المسؤولية الطبية وغيره من الفقهاء.
ويلاحظ أن وسائل الانتحار عديدة، وإذا كانت بعض الدساتير تضمن حرية الفرد ومنها حريته في الانتحار، إلا أن كثيراً من التشريعات والفقهاء والأطباء ذهبوا إلى أن المتطوع لتجري عليه تجربة دواء جديد هو في موقف المنتحر تماماً ولهذا يلزم أن تكون هناك قوانين لحماية المتطوع لتجري عليه التجارب الطبية.
جريدة القبس الكويتية، يوم 17/12/ 1989.

(2) طبقاً لقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 969 المعدل فإن أسباب الإباحة هي:
1- اداء الواجب (المادتان 39 و40).
2- استعمال الحق (المادة 41) كتاديب الزوج لزوجته وعمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاهما في الحالات العاجلة وغيرها من الحالات المقررة قانوناً.
ويطلق على أسباب الإباحة تسمية (أسباب التبرير) حيث تنتفي المسؤولية الجنائية لانتفاء الصفة الجرمية عن الفعل.
راجع: الدكتور مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج2 (المسؤولية الجنائية)، مؤسسة نوفل، ط1، بيروت 1985، ص 403 وما بعدها.

التجميلية؟ ثم ما نوع التزام الطبيب في العمل الجراحي التجميلي؟ وكيف يمكن إثبات الخطأ الطبي؟ وما أسلوب دفع المسؤولية المدنية؟

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات، لابد من القول أن جانباً من الفقه المدني يرى بأن من الصعب وضع الحدود الفنية الفاصلة بين الأعمال الطبية الجراحية التي يقصد منها الشفاء وبين الأعمال الطبية التجميلية التي قد لا يراد في جميع الحالات شفاء المريض وإنما مجرد تحسين الشكل الجمالي للإنسان، لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول - للتمييز بين هذين النوعين - بأن الجراحة العلاجية هدفها علاج عيب أصلي كالتشوهات الولادية وأن الجراحة التجميلية تهدف إلى علاج عيبي مكتسب حاصل بفعل الحرب أو الكوارث أو حوادث السيارات أو الحروق أو غيرها، غير أن هذا الرأي لم يجد قبولاً لدى كثيرين مما دفع آخرين إلى القول إن الجراحة العلاجية تهدف إلى إصلاح العيوب الأصلية أو المكتسبة الحاصلة بفعل الحوادث أو الأمراض وإن الجراحة التجميلية تأتي طبيعياً مع تقدم الإنسان في العمر كالغضون أو تهدل الفك، إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولاً أيضاً لأن الفتاة التي تعاني من تضخم الثديين بشكل ليس اعتيادياً لا يمكن أن يكون العمل الطبي لمعالجة التضخم عملاً علاجياً فقط[1].

---

(1) لتفصيل هذه الآراء انظر: الجوهري، المرجع السابق، ص320.
ولاحظ أن الاتجاه الفقهي المستقر يذهب إلى عدم الاستطاعة في وضع معيار أو ضابط للتفرقة بين الجراحة التجميلية والجراحة العلاجية للصعوبات التي تواجه الشراح و الفقهاء بين ما هو علاجي وتجميلي.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص35 - 36.
كما نضيف أن ما يعتبر في نظر بعض الناس قد لا يعد كذلك عند آخرين. فأفكار الناس حيال الأعمال الطبية ما إذا كانت علاجية أو تجميلية مسألة نسبية لا يحكمها ضابط واضح. ونشير بهذه المناسبة إلى وقائع القضية المنشورة بصحيفة الوطن الكويتية يوم الثلاثاء 1988/6/14 في العدد 4783 وخلاصتها تعرض فتاة في مقتبل العمر لحادث سيارة (ضرر جسدي غير مميت) اصيبت بعجز كلي وأجريت لها العديد من العمليات الجراحية العلاجية والتجميلية في الكويت وخارجها (ألمانيا الغربية) حيث أجريت لها عملية تجميل جراحية بسبب انفتاح لحم الإلية الخلفية ولم يلتئم الجرح.
فهذه العملية لا يمكن اعتبارها عملاً طبياً تجميلياً فقط لأن العمل الطبي سالف الذكر له أبعاده العلاجية والتجميلية الأمر الذي يؤكد القول بصعوبة وضع الحدود الفاصلة بين العملين المذكورين.
=

ثانياً: جراحة التجميل في الفقه الإسلامي

يذهب - بحق - جانب من الفقه المدني العربي[1]، إلى القول بأن الفقه الإسلامي عرف المسؤولية الطبية وأحكم قواعدها الدقيقة إلى الحد الذي جعل تنظيمها أقرب ما يكون ألى أحدث ما وصلت إليه الشرائع في العصر الحديث.

فالإمام السرخسي مثلاً ذكر أن التزام الحجام والختان والطبيب التزام بوسيلة لا يضمن إلا حسن القيام بالعمل الذي تعهد القيام به ولا عليه بعد ذلك ما قد يحدث من عمله هذا من مضاعفات قد تؤدي إلى الموت[2].

وهذا يعني أن التزام القائم بالعمل الطبي من طبيب أو ممارس للطب ومن في حكمه لا يسأل عن وفاة الشخص إذا كان سلوكه معتاداً وهو لا يضمن حصول النتيجة وهو الشفاء، على أساس أن المرض والشفاء هما من الخالق سبحانه وتعالى.

كما نشير بأن الأصل في هذا المجال، أن الطبيب مثلاً إذا قام بعمل طبي لا علاقة له بمقتضيات العلاج والشفاء وكان ذلك عمداً فإنه يكون مسؤولاً عن فعله الضار العمدي ويقتص منه إن كان القصاص ممكناً، وعند الأحناف لا يسأل الطبيب إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد للعلاج، فالطبيب ليس مسؤولاً عن جهله بقدرة جسم المريض على تحمل الألم واحتمال العلاج[3].

إلا أن هذا الأمر لم يعد مقبولاً في الوقت الحاضر لتطور العلوم الطبية ووجود الإمكانات العلمية التي تكشف عن مدى تحمل الألم واحتمال العلاج تبعاً للوضع أو

= وانظر ما نشرته جريدة الثورة البغدادية يوم 1989/11/24 تحت عنوان (الذيل الذي تحول إلى أرجل) حيث أجريت زراعة مثانة لطفلة حديثة الولادة مع عملية جراحية تجميلية لفصل الساقين المتلاصقين ولعملية تجميل أخرى لأنها تفتقر إلى الاصابع فالعمليات الطبية الجراحية (العلاجية والتجميلية) التي أجريت لها لا يمكن وضع الحدود الفاصلة بينهما.

(1) الدكتور وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الرابع والخامس، ص313.
الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، ص1 - 2.

(2) المبسوط للسرخسي، ج16.

(3) د. أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368هـ، ص 46 - 47.

الحالة الصحية للمريض. ويترتب على ذلك قيام مسؤولية الطبيب والجراح متى أجروا جراحة أو وضعوا علاجاً لا يتحمله جسم المريض أو وضعه الصحي[1].

ومن الطبيعي أن هكذا الكلام يشمل ميدان الأعمال الطبية الجراحية والعلاجية والتي يلزم فيها الحصول على موافقة صريحة أو ضمنية لرضاء المريض أو من ينوب عنه كالولي أو الوصي أو من هو في حكمه.

أما في ميدان التجميل فإن رضى المريض أو وليه ضروري كذلك قبل المباشرة بالعمل الطبي التجميلي. فعند الشافعية انه اذا كان على رأس بالغ عاقل ورم وأراد الشخص إجراء عملية جراحية لتجميل الرأس فعندهم لا يجوز قطع الورم بغير إذنه فإن قطعه الطبيب دون إذنه ومات وجب عليه القصاص لأنه تعدى بالقطع، إلا أن الشخص غير العاقل لعاهة في عقله كالمجنون أو بفعل السن كعديم التمييز لا تجوز عليه مثل هذه الاعمال الطبية التجميلية لانه جرح لا يؤمن مع الهلاك، أي أن الموازنة بين المخاطر والمنافع ليست متوازية، فإن قطعت فمات، نُظرتْ: فإن كان القاطع لا ولاية له عليه وجب عليه القَودْ لأنها جناية تعدى بها وإن كان أباً أو جداً وجبت عليه الدية وإن كان ولياً غيرهما فيه قولان عند الشافعية: أحدهما أنه يجب عليه القود لأنه قطع منه ما لا يجوز قطعه، وثانيهما أنه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل، وإنما قصد المصلحة فعلى هذا يجب دية مغلظة لأنه عمد الخطأ[2].

---

(1) د. أحمد إبراهيم، البحث السابق، ص47.

(2) الدكتور أحمد إبراهيم، ص 48.

ومن الجدير بالذكر أن في القتل الخطأ يلزم تعويض أسرة المجني عليه بالدية مع تحرير رقبة مؤمنة.

محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر دون سنة نشر، ص 113.

إن جرائم القصاص التي يسميها الفقهاء بالجنايات هي الجرائم التي تقابل جرائم الحدود والجرائم التعزيرية فيعرفون الجناية بأنها التي يكون فيها اعتداء على النفس أو الأطراف والتي تكون عقوبتها قصاصاً أو دية. ويراد بالقصاص المساواة وفي الشريعة المساواة بين الجريمة والعقوبة والقصاص مقدرة ثبت أصلها بالكتاب وثبت تفصيلها بالسنة وأما التعزير فهي العقوبات التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها وترك تقديرها لولي الأمر أو القاضي المجتهد.

محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، العقوبة، دار الفكر، ص80 ـ 84 وص380.

ويراد بحديث (العمد قود) أي أن الجريمة تقود إلى العقوبة وأن الفاعل يقاد إلى العقوبة.

وذهب الإمام (أبو حنيفة) إلى عدم جواز الحجر على الإنسان الحر العاقل البالغ لأن في الحجر إهداراً لآدميته عدا (الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس)[1].

فالطبيب الجاهل في عمله الجراحي أو التجميلي لا يجوز له ممارسة العمل الطبي بنوعيه رغم عدم وجود حدود فاصلة بين النوعين المذكورين من الأعمال الطبية في الفقة الإسلامي، والسبب في هذا المنع هو الحفاظ على حياة وأبدان الناس من الضرر.

ولعل قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم أوضح صورة في مجال المسؤولية الطبية حين قال صلى الله عليه وسلم: ((من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن)). وعدم المعرفة بالطب هو الجهل به والجاهل بالأعمال الطبية إما يمارس العمل الطبي بسوء نية (الغش) فيرتكب الأخطاء العمدية أو التعدي العمدي، أو أن يرتكب الأخطاء الجسيمة بإهمال كبير منه، وهو في الحالتين يلزم بضمان الضرر أي (التعويض).

كما يلاحظ من حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم أن المزاولة للمهن ومنها مزاولة الأعمال الطبية كانت تجري حسب ضوابط وليست متروكة بحرية لكل شخص. هذا فضلاً عن وجود ما يشبه التخصص في الأعمال الطبية، كالختان غير الحجام والطبيب يختلف عمله عن كل واحد من هؤلاء، إلا أنهم يزاولون عملاً له صلة بحياة الإنسان أو جسده من أجل الشفاء أو العلاج أو التجميل أو غيره.

ويتضح من ذلك أن جراحة التجميل مباحة لدى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ما دام أساس الإعفاء من المسؤولية هو رضاء الشخص المعالج فضلاً عن إذن الشرع بالمعالجة والتداوي[2].

---

(1) لم يجر الإمام (ابو حنيفة) الحجر (المنع من التصرف) إلا على المجنون والصبي والرقيق وأبى توقيعه على الحر العاقل البالغ باستثناء المغني الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس الذي أجاز إيقاع الحجر عليهم ومنعهم من مزاولة مهنهم دفعاً للضر عن الناس لما قد يرتكبوه من أخطاء تقود إلى الضرر، والضرر الذي يلحق بالناس أكبر مما لو أجيز هؤلاء بمزاولة العمل.
لسان العرب لابن منظور، مجلد/4، لبنان دار صادر، بيروت، 955، ص167.
أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، رسالة مقدمة لجامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، القاهرة، 1964، ص17 ـ 69.

(2) الدكتور أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، جـ 9، مجلد/19، 1367 هـ، ص906.

ولعل أوضح دليل على ما تقدم ما ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية[1]، حيث إن وجود بعض العيوب الظاهرة للناس في الشكل أو الخلقة تمنع من انعقاد الإمامة وقيادة الناس كما لو كانت شفته العليا مفتوحة أو أن إصبعاً زائداً في كفه أو أن في وجهه شيء ملحوظ أو نحو ذلك، مما يلزم المعالجة عند الماوردي أو إسناد الإمامة لغيره من ذوي الأبدان السليمة.

إن الفقه الإسلامي وإن كان لا يوجب هذه الإزالة وإصلاح عيوب الخلقة الإلهية إلا أنه لا يحرم العمل الطبي من أجل تحسين جمال شكل الإنسان فهذا العمل الطبي ليس للزينة المجردة.

بناء عليه، فإن سلامة النفس والبدن من العيوب من الشروط الضرورية للقيادة العسكرية والمدنية ولصلاحية الإمام والقاضي في ممارسته لعمله في الإمامة والقضاء لما لهذه السلامة الجسدية من أثر كبير على الناس أو الخصوم لقبول الأحكام واحترامها وخضوعهم للقائد والإمام بفعل الهيبة التي يلزم أن يتمتع بها هؤلاء وأن جمال شكل الإنسان أحد هذه العوامل المؤثرة في الناس وإقناعهم. لذلك يذكر البعض قائلاً ما يلي: (وليس القول بجواز إزالة العيب الخلقي مخالفاً لأحكام الشريعة بل على العكس فإنها إن لم تكفي توجبه فهي لا تحرمه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن بعض العيوب الخلقية تمنع من انعقاد الإمامة وهذا يوحي بأن الواجب إزالة هذه العيوب متى كان ذلك ممكناً)[2].

ومع ذلك فإن المسؤولية الطبية لا تنهض في الفقه الإسلامي على القائمين بالأعمال الطبية في حالتين وهما:

---

(1) الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1960، ص 18.
وهو يذكر أن ما يمنع انعقاد الإمامة ما شان وما قبح كجذع الأنف وسمل إحدى العينين والسلامة هنا تكون شرطاً معبراً في عقد الإمامة ليسلم ولاة الملة من شين يعاب ونقص يزري فتقل به الهيبة.

(2) الدكتور أحمد إبراهيم، البحث السابق، ص907.

الحالـة الأولى: أن الطبيـب ومـن هـو في حكمـه لا يـضمن مـا ينـشأ عـن عملـه العلاجي أو التجميلي من ضرر إذا قام بواجبه على الوجه الأكمل باتباع قواعد العمل الطبي في معالجة المريض مهما كانت نتيجة العلاج سواء مات المريض تحت العلاج أو بعده أم شفي من المرض.

الحالـة الثانيـة: لا يسأل الطبيب عن الخطأ اليسير وتنهض مسؤوليته في حالة الخطأ الناشئ عن الجهل بالعمل الطبي أو الخطأ الفاحش وهنا تكون المسؤولية غير عمدية[1]، وعندها تجب الدية.

فالخطأ اليسير هو الخطأ الذي يتسامح فيه ويمكن أن يقع فيه أي طبيب أو ممارس للعمل الطبي يسلك سلوكاً معتاداً وهو لا يلحق بالمريض أي ضرر جوهري في شكله أو جسده وبالتالي فلا مسؤولية عنه، ما لم يوجد اتفاق على تشديد المسؤولية الطبية حتى عن الخطأ اليسير.

ويرى جانب من الشراح أن الجراحة التجميلية في الفقه الإسلامي على نوعين وهما: جراحة تجميلية بهدف التداوي، وعلاج تجميلي بهدف الزينة[2].

فالنوع الاول يقوم على ضرورة التداوي والمعالجة وهو أمر مشروع في الفقه الإسلامي، وعنده أيضاً أن الجراحة التجميلية بهدف التداوي تتوزع على نوعين أيضاً هما:

أولاً: التداوي الضروري ويسميه الأطباء بـ (التجميل)[3]. ومثاله بناء المثانة وهو سائغ لأن أصل التجميل قائم على هدف الشفاء.

ثانياً: حاجة الانسان إلى التداوي بما لا يبلغ حاجة الضرورة كما في حالة علاج الشفة المفتوحة بجراحة تجميلية سواء جاءت عن عيب منذ الولادة أم لسبب عارض، ولما

---

(1) د. احمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، ج9، مجلد 19، ص909.
(2) د. عبدالسلام عبدالرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الادمية من منظور إسلامي، ط1، 1988، ص233 وما بعدها.
(3) السكري، المرجع السابق، ص233.

كان الطب كالشرع وضع لمصلحة الناس فإن العمل الطبي التجميلي صحيح وجائز شرعاً في الحالتين ما دام لأجل التداوي وقد جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: ((إن الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام)) وفي حديث آخر قوله صلى الله عليه وسلم: ((... نعم يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء الا وضع له شفاء))[1].

أما النوع الثاني فهو العلاج التجميلي ليس بهدف المعالجة وإنما بغرض الزينة لإظهار المحاسن كمحاولة العجوز من النساء والكهول من الرجال العودة إلى الشباب بإزالة أسباب الصلع أو رفع تجاعيد الوجه و تلك العلاجات التي يقصد منها التدليس على الناس مثل ما تفعله بعض النساء من وصل شعورهن بالشعور الدمية التي يؤدي بها إما عن طريق البيع من بعض النساء أو من قبور الموتى أو نحوه لتستجلب الخاطب أو غير ذلك كصبغ الشعر وتكبير أو تصغير الثديين وغيرهما وهي أعمال غير مشروعة[2].

ويضيف قائلاً بأن من الخطورة استخدام الوسائل الطبية غير المشروعة لتغيير خلق الله بتغيير البصمة فقد خلق الله للإنسان الأعضاء متناسبة القوام بل سيجمع الله عظامه مرة أخرى عند القيامة إذ قال تعالى في كتابه الكريم: ﴿ أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَلَّن نَّجْمَعَ عِظَامَهُۥ ۝٣ بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّىَ بَنَانَهُۥ ۝٤ ﴾[3].

ثم إن تغيير الخلقة بما يعدم التمييز بين الشر أو بهدف التدليس عملاً ليس مشروعاً[4]، بجملة من الأدلة منها أن الجراحة التجميلية بهدف الزينة طريق للسعادة

(1) د. عبدالسلام السكري، ص239.
(2) المرجع السابق، ص240.
(3) سورة القيامة: الآيتان 3 و4، وجاء في تفسير الجلالين تفسير لهما على قدرة الخالق في إعادة الأصابع الصغيرة كما كانت فكيف بالعظام الكبيرة وهي دلالة على مقدرته على البعث والإحياء.
(4) نشير هنا إلى أن بعض الانجازات الطبية التي تحقق السعادة للبشر يرفقها راي الدكتور عبدالرحيم السكري الذي ضيق من أعمال.التجميل إلى حد كبير. فقد نشرت صحيفة العرب يوم 989/11/1 خبراً تحت عنوان (ثورة في جراحة التجميل) ص8 مفاده أن الأطباء في بريطانيا نجحوا في التغلب على آثار الحروق أو الحوادث على الوجه الإنساني فيما تم بنجاح إنقاذ فتاة في الثانية من عمرها أصيبت بحروق بسبب اشتعال النيران بملابسها فأجريت لها عملية جراحية =

الموهومة ولذة كاذبة من أعمال الشيطان، ويسوق (السكري)[1] دليلاً آخر على رأيه هو ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من كلام في اللعان على الواصلة والمستوصلة والواشمات والمستوشمات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله تعالى.

ونحن لا نتفق مع الأستاذ المذكور فيما ذهب إليه في تمييزه بين الأعمال الطبية والتجميلية، ونعتقد أن كثيراً من الأعمال التجميلية تحمل دلالات العلاج كتقويم الأسنان وتنظيمها وخياطة الشفة المفتوحة وبتر الإصبع الزائد وزرع الجلد بدلاً من الجلد المحروق وغيرها.

فمهما كانت الأعمال الطبية التجميلية سواء لمجرد الزينة البحت أم لأجل العلاج فإنها جائزة لأن فيها إصلاحاً وعلاجاً روحياً أو جسدياً، وفي المعالجة لغرض تحسين الشكل من عيب حتى ولو كان طفيفاً إنما هو إصلاح للعضو والنفس سيما وأن كثيراً من الأمراض مشتركة بينهما وهي الأمراض (النفسجمية).

ثم إن العيب الطفيف أمر نسبي يختلف حسب تفكير الناس وجنسهم ومهنهم وميولهم ومعتقداتهم، هذا بالإضافة إلى أن التمييز بين هذين النوعين من الأعمال الطبية ليس سهلاً بل يتعذر الفصل بين عمل طبي علاجي بحت وآخر لمجرد تحسين الشكل أو بهدف الجمال. كما لم نعثر في الفقه الاسلامي ما يشير إلى التمييز بين هذين النوعين.

وإذا كانت بعض الأعمال التجميلية على الجسد الإنساني غير جائزة وقت الرسول صلى الله عليه وسلم لما فيها من معنى التدليس لاستخدام الشعر المستعار أو غيره لاعتبارات معينة ولأن بعض هذه الأعمال فيها مساس بالآخرين، إلا أن هذه

تجميلية متطورة لزرع جلد الوجه من أحد المتطوعين مع شبكة نسيجية من جلد الفتاة وقال هؤلاء إنه أصبح بالإمكان زراعة جلد وجه إنسان ميت بكامله لوجه إنسان حي في حال احتراقه.

(1) المرجع السابق، ص242 ـ 243.

الأعمال ليست طبية وإنما هي أعمال عادية تحمل معاني الغش أو خداع الغير كالتحايل على الخاطب الذي يريد الزواج بإخفاء عيوب من يراد الزواج منها.

أما وقد تطور عمل الأطباء من جراحين وغيرهم وتنوعت المهن وتشعبت مجالات الحياة وكثرت الحوادث التي تلحق الضرر بالجسم البشري فإن الضرورة تقضي جواز إجراء جراحة التجميل لإظهار خلق الله بالمظهر الحسن بإزالة القبح أو التخلف منه.

هذا فوق أن الفقه الإسلامي أجاز معالجة العيوب في الشكل ومعالجتها هو تجميل للجسم وهو علاج طبي أيضاً لتأدية الأعضاء وظائفها في الإبصار أو الحركة أو رفع العلة من النفس.

والسؤال الذي يطرح هنا عن حكم العمل الطبي في تحويل الجنس فهل هو من الأعمال الطبية التجميلية أم العلاجية وما موقف الفقه منها؟ ومتى يعد الشخص خنثى عند الفقهاء المسلمين؟

ثالثاً: حكم العمل الطبي في تحويل الجنس للخنثى (المشكل)

تعتبر العمليات في تحويل الجنس من الأعمال التجميلية سواء أكان التحويل من ذكر إلى أنثى أو بالعكس[1]، والخنثى هو من لم تتكامل اعضاؤه التناسلية من الناحية التشريحية والفسلجية أو النفسية إما لتغلب صفة الأنوثة أو العكس[2].

وقد جاء في بدائع الصنائع للكساني في كتاب الخنثى ما يلي:

(فالخنثى من له آلة كالرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة فإما أن يكون ذكراً وإما أن يكون أنثى. وأما بيان ما يعرف به أنه ذكر أو أنثى فإنما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية وإمكان الوصول للنساء وعلامة الأنوثة في الكبر نهود الثديين كثدي المرأة ونزول اللبن في

(1) الدكتور عصام العمري، إجابات خطية.
(2) الدكتور راجي التكريتي، السلوك المهني للأطباء، بغداد، 1970، ص 271.

ثدييه والحبل وإمكان الوصول إليها من فرجها لأن كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والأنوثة. فالخنثى من حيث يبول فإن كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وإن كان يبول منهما جميعاً يحكم السبق لأن سبق البول من أحدهما يدل على أنه هو المخرج الأصلي)[1].

وفي المغني لابن قدامة أن (الخنثى هو الذي في قبله فرجان: ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى حيث قال تعالى: ﴿وَأَنَّهُۥ خَلَقَ ٱلزَّوۡجَيۡنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلۡأُنثَىٰ ۝٤٥﴾ ثم قال تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗ﴾ فليس ثمَّ خلق ثالث فلا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل، فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فاختلف أصابنا في نكاحه)[2].

ومن الطبيعي أن الإمكانات العلمية آنذاك ليست على ذات الدرجة في الوقت الحاضر من حيث تحويل الجنس ولهذا انحصر الكلام بين الفقهاء على الجانب الشرعي للشخص الذي غلبت عليه صفة الرجولة والذي ألحق بالرجال أو صفات الأنوثة فيخضع لأحكامهن وإلا فإن الشخص المشكل له أحكامه المستقلة في هذا الجانب، كما لم نعثر على حالة في كتب الفقه جرى فيها تحويل الجنس[3].

أما دار الإفتاء المصرية فقد أجابت يوم 1981/6/27 حول الموضوع: (إن الإسلام أجاز التداوي بل أمر به كما ثبت بالأحاديث التي رواها أحمد وأبو داود وابن ماجه، وكذلك إجراء العمليات الجراحية كما ثبتت في صحيح مسلم أن النبي صلى الله عليه

(1) بدائع الصنائع للكاساني، ج 7 ط1، 1910، ص 327.
(2) المغني لابن قدامة، ج6، ط3، 1367 هـ، ص 677.
(3) تعد هذه العملية في الوقت الحاضر من العمليات الاعتيادية في العراق والدول الاخرى انظر ما نشرته جريدة الثورة يوم 1989/10/9 حول عملية تحويل ساهرة إلى علاء وما نشرته جريدة الجمهورية يوم 1989/10/19 تحت عنوان فتاة تتحول إلى فتى جرت العملية الطبية في الأردن.

وسلم أرسل طبيباً إلى أبي بن كعب فقطع عرقاً وكواه وما ثبت في حديث الترمذي من أمر النبي صلى الله عليه وسلم عرفجه الذي قطع أنفه في الجاهلية فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن عليه أن يتخذ أنفاً من ذهب[1].

وهذا يعني أن عمليات التجميل جائزة حتى بالفضة والذهب لإكمال عيب طارئ على الجسم بسبب الحرب أو حادث أو غيره وما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا لا دليل قاطع على إصلاح العيب وتجميل الشكل.

وقد جاء عن المفتي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق[2]، إن الأحاديث الشريفة جاءت تحث على التداوي وإجراء جراحة يتحول فيها الرجل إلى امرأة أو المرأة إلى رجل متى انتهى رأي الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علامات الرجولة المغمورة تداوياً في علة جسدية لا تزال إلا بهذه الجراحة (وهي جراحة تجميلية تخضع لقواعد المسؤولية الطبية في الأعمال الجراحية الأخرى).

ومما يزكي هذا ما أشار إليه القسطلاني والعسقلاني في شرحيهما لحديث المخنث من أن عليه أن يتكلف إزالة مظاهر الأنوثة وهذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية والجراحة هنا علاج بل لعله أنجح علاج.

إلا أن هذه الأعمال الطبية الجراحية لا تجوز لمجرد الرغبة في التغيير دون دواعي جسدية صريحة غالبة وإلا دخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري عن أنس قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء وقال: أخرجوهم من بيوتكم فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلاناً وأخرج عمر فلاناً)[3].

---

(1) كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف، ج2، فقرة رقم (11).
(2) الفتاوي الاسلامية، مجلد 10، ص3501. كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف، ج2، فقرة رقم 11.
(3) كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف، فقرة 11.

وهذا يعني أن حكم العمل الطبي في تحويل الجنس لغير علة جسدية يرتب المسؤولية الدينية في الشرع لأنه عمل مخالف لأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وأن العمل الطبي له أساس أخلاقي وشرعي وعلمي يلزم أن لا يحيد عنها. كما قد يرتب المسؤولية القانونية على الطبيب القائم بعلمية التحويل المذكورة إذا كانت الدوافع غير أخلاقية وغير طبية كان يهدف إلى مساعدة الفاعل على الهرب من وجه العدالة أو التخلص من الخدمة العسكرية[1].

والخلاصة أن المسؤولية الطبية لا تقوم في الفقه الإسلامي عن الأعمال الجراحية والتجميلية إذا جرى العمل الطبي برضى الشخص أو من ينوب عنه وبإذن الشارع (أدلة الأحكام الشرعية) ولتوافر هدف واضح هو الشفاء وأن لا يقع خطأ من الطبيب أو من هو في حكمه وقد جمعها ابن القيم الجوزية في قوله:

(أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقاً إذا أذن له المريض بعلاجة وأعطى الصنعة حقها ولم تجن يده إذا تولد من فعله المأذون من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف النفس أو العضو أو ذهاب صفة)[2].

ومن البديهي أن طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي عند قيامها لا تنهض على أساس عقدي أو تقصيري كما هو معروف في التشريعات المدنية الحديثة وإنما لها

---

(1) يذكر الأستاذ الدكتور رياض الخاني في بحثه القيم الموسوم بـ (المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية)، منشور في مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني 1988 ص 140 ـ 141، بأن القيام بعملية تغيير الجنس من مذكر إلى مؤنث وبالعكس أو تغيير إنسان ما من ذكر إلى أنثى وبالعكس وبهدف غير طبي من الجرائم الطبية الناتجة عن استخدام الأساليب الفنية الطبية الحديثة.
وهو يذكر أن حالات تغيير جنس الانسان Transsexuals تنبت لها بعض الدول فاصدرت تشريعات خاصة حفظت بها للإنسان الذي يضطر لإجراء عملية يغير بها جنسه عدداً من الحقوق أهمها حقه في تبديل اسمه وحقه في الإرث ومثاله القانون رقم 164 الصادر في إيطاليا في 1986/4/14.
ونعتقد أن مسالة تحويل الجنس تتعلق بحق الإنسان في الخصوصية وحقه في تبديل اسمه وحماية حياته الخاصة إلا أن هذا التبديل يجب أن يكون لدواعي طبية ملحة وليس بهدف الحصول على نصيب أكبر في الميراث أو لتضليل أجهزة الشرطة أو القضاء أو المساعدة على الهرب من وجه العدالة، فلو ثبت أن الدافع على تحويل الجنس ليس بهدف تخليص الإنسان من الآلام الفيزيولوجية والنفسية والاجتماعية فإن المسؤولية القانونية تنهض على القائمين بالعمل الطبي.

(2) زاد المعاد لابن القيم الجوزية، جـ2، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ص 145.

احكامها المستقلة وجزاء قيامها يختلف حسب نوع الفعل الطبي ما اذا كان عمديا ام ليس عمدياً ووفقاً لنوع الخطأ المرتكب والقائم بالعمل ما إذا كان طبيباً أو من هو في حكمه أو هو جاهل بأصول الطب.

وإذا كنا قد انتهينا من هذا التمهيد الذي تضمن فكرة أولية عن الجراحة التجميلية وموقف الفقه الإسلامي منها ، فإن استكمال دراسة الموضوع يوجب علينا بيان الموقف الفقهي واتجاهاته وطبيعة المسؤولية في جراحة التجميل ثم التعرض للتنظيم القانوني لهذه الجراحة في القانون المدني وقانون العقوبات وأخيراً بيان أحكام القضاء الأجنبي والعربي من الجراحة التجميلية.

الفصل الأول

الموقف الفقهي من جراحة التجميل وطبيعة المسؤولية فيها

لم تكن كلمة الفقه المدني موحدة في مجال جراحة الشكل فقد توزعت آراؤهم على اتجاهات متعددة كان لكل فريق حججه وقد تركت بعض هذه الآراء آثارها على الموقف القضائي ـ كما سنرى ـ الذي يتحدد السياق العام لأحكام المسؤولية الطبية عن جراحة التجميل في صورة واضحة محددة، خصوصاً في نطاق القضاء الأجنبي والمصري.

ثم إن هذا الموضوع يوجب تحديد طبيعة المسؤولية ومعرفة نوع الالتزام ومقدار العناية المبذولة من القائم بالعمل الطبي وبيان مدى جواز الجمع والخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

لذلك وزعنا هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في الجراحة التجميلية.

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية.

المبحث الأول

الاتجاهات الفقهية في الجراحة التجميلية

لما كانت الأعمال الطبية التجميلية تتعلق بالحق في السلامة الجسدية وتخص الناحية الجمالية للجسم البشري في كثير من حالات هذه الأعمال وبهدف تحسين الوضع الصحي أحياناً وإنها ليست خطرة دائماً وتقع برضى الشخص لإصلاح عيوب الجسم، فإن الفقه الانجليزي أجاز جراحة التجميل أخذاً بالمبدأ المعتمد عندهم من أن رضاء المجني عليه يبرر كل ما لم يكن محرماً قانوناً أو كان يؤدي إلى خطر شديد بغير موجب على الحياة أو الأعضاء أو الصحة[1].

كما أن الفقه الألماني الغربي أجاز إجراء عمليات التجميل وذهب إلى أن إباحة عمليات التجميل جائزة ما لم تمنع من أداء واجب اجتماعي أو يكون الغرض منها كسب المال ولهذا لم يجز الفقه المذكور للزوجة التي تنتظر حملها أن تستأصل بعض ثدييها لتعديل قوامها فتعطل بذلك وظيفة الإرضاع لديها ولا للشاب أن ينتزع بعض غدده ليلقح بها عجوزاً لقاء مبلغ من المال[2].

وقد أيد الفقه البلجيكي ما ذهبت إليه المحاكم البلجيكية في قضية فتاة في الخامسة عشرة من عمرها أصيبت بتضخم في ثدييها بلغت زنتها معه اثني عشر كيلو غراماً واستمر التضخم في الازدياد فلجأت أسرتها إلى طبيب لاستئصال هذا التضخم وأجري الطبيب جميع الاحتياطات التي توجبها المهنة ففحص قلبها ورئتيها وحلل دمها ونجحت العملية ولكن ترتب حدوث ندوب في الجسم وآثار مشوهة فرفعت أسرتها

(1) سمير أورفلي، البحث السابق، ص 31.
(2) محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص321.
حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص303.
وقد ذهب (فون لست) إلى أن جراحة التجميل تنطوي تحت الأنظمة التي وضعتها الدولة ففيما يتعلق بالصحة واستعادتها.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص31.

الدعوى على الطبيب تطلب التعويض وانتدبت المحكمة خبيراً قرر أنه لم يحصل من جانب الطبيب خطأ ما فقضت المحكمة برفض دعوى أهل المريضة وقضت عليهم بالتعويض للطبيب[1].

ويبدو من هذه القضية أن الدعوى المرفوعة كانت كيدية أساءت للطبيب الذي لم يثبت الخطأ الطبي في جانبه وما التعويض المحكوم له به إلا جزء من الأضرار التي أصابته وهي الأضرار المادية والمعنوية.

ثم إن هذا العمل الطبي في القضية سالفة الذكر قد يبدو علاجياً إلا أنه أقرب للجراحة التجميلية لأن الحالة التي كانت تشكو منها الفتاة ليس لها من تأثير على صحتها ولا على حياتها[2].

أما إذا كانت الحالة النفسية للمريضة سيئة بسبب التشوه والعيوب الجسدية مما يؤثر على صحة البدن فإن إجراء العملية من الطبيب وفق قواعد العمل الجراحي وبرضى الشخص المعالج يعفيه من المسؤولية عن الأضرار الحاصلة مهما كانت النتائج بل يمكن أن يشترط إعفاءه من المسؤولية في هذه الحالة، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية في العقد الطبي جائز في غير حالتي الغش (الخطأ العمدي) أو (سوء النية) والخطأ الجسيم.

ويرى الأستاذ (هنري لالو) أنه إذا قام الطبيب بإجراء عملية خطيرة لإنقاذ حياة مريض فإنه يجب في هذه الحالة الإقرار بصحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ويستدل على صحة رأيه بما قضت به محكمة السين الفرنسية في 1929/2/25 في قضية خلاصتها أن إحدى السيدات كانت ترغب بالزواج فطلبت من طبيب جراح إجراء

---

(1) الجوهري، المرجع السابق، ص321.
الإبراشي، المرجع السابق، ص303.
(2) الجوهري، ص321، هامش 4.
الإبراشي، ص303.

عملية تجميل خطيرة لتتمكن من تحقيق رغبتها في الزواج إلا أن الطبيب رفض ذلك لخطورة العملية التي قد تفضي إلى الموت لكنها أصرت على طلبها وقبلت بالمخاطرة بل هددت بالانتحار إذا لم يستجب لطلبها وتعهدت بأن تتحمل وحدها مسؤولية نتائج العملية كاملة وتخلى الطبيب مما قد يترتب على هذه العملية من مضاعفات وأضرار فقام الطبيب بإجرائها وأدت إلى الوفاة وهي على سرير العملية، وعند عرض الأمر على المحكمة قضت بعدم مسؤولية الطبيب، وهنا يرى الأستاذ الدكتور الذنون وقائع القضية التي يريد الاستشهاد بها الأستاذ (لالو) لا علاقة لها بالفكرة التي ذكرها في تعديل أحكام المسؤولية وإنما الإعفاء من المسؤولية كان بسبب تخلف ركن من أركان المسؤولية وهو الخطأ الذي لم يقارفه الطبيب[1].

وفي نطاق موقف الفقه المدني من تعديل أحكام المسؤولية العقدية بوجه عام سواء في العقود الطبية أم في المعاملات المالية، فإن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسي ذهب إلى بطلان دفع المسؤولية العقدية وبالتالي، لا يجوز للعاقد أن يضمن العقد بنداً يخلي فيه مسؤوليته عن إخلاله بالتزام ناشئ عنه، وإلا كان البند باطلاً وظل رغم وجوده مسؤولاً عن هذا الإخلال، ملتزماً في حدود القواعد العامة بتعويض الضرر الذي ترتب عليه واستندوا في تقرير هذا البطلان على فكرة النظام العام لأن المدين سيتهاون مقدماً في تنفيذ التزامه[2].

---

(1) د. حسن علي الذنون، تعديل المسؤولية، محاضرات غير مطبوعة، ص 14.
ذهبت محكمة تولوز في فرنسا يوم 1934/10/23 إلى أن الاتفاقات الخاصة بما يلحق جسم الإنسان من ضرر تعتبر مخالفة للنظام العام. وقضت محكمة (ليون) في 1913/6/27 بانه لا أثر لما يتفق عليه المريض من استبعاد مسؤولية الطبيب أو الجراح ولو كان العلاج بناء على الطلب الصريح من ذلك المريض. انظر:
حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، 1979، ص 570 هامش رقم (1)، وص572، هامش رقم (2).

(2) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، القاهرة، 1961، ص35 ـ 36 و41. وحول اتفاقات المسؤولية LES CONVENTIONS DE RESPONSABILIE في الفقه الفرنسي تفصيلاً راجع:
MAZEAUD (H.L.J)-LECONS DE DROIT CIVIL ،TOME DEUXIEME ،PARIS 1966 P.P. 610-613.

ومن جهة أخرى فإن الفقه المدني لم يستقر على موقف موحد بشأن الأعمال الطبية التجميلية فتوزعت آراؤهم على اتجاهات متعددة يمكن حصرها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الرافضون لجراحة التجميل

لعل من أبرز الفقهاء الذين ذهبوا إلى رفض إجراء الأعمال الطبية التجميلية (جارسون) الذي عبر عن آرائه في مقال له نشر عام 1931 في النشرة الطبية الشرعية والذي لم يجز فيه جراحة التجميل إطلاقاً على اعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصوداً به تحقيق غرض علاجي أي (الجراحة العلاجية)، إلا أنه لم يستطيع أن يتماش مع منطقه إلى النهاية فاضطر إلى إيراد استثناءات تدخل بطبيعتها في دائرة الأعمال التجميلية[1].

ولم يكن اعتراض الفقيه (جارسون) حاسماً لأنه لم يثبت فعلاً أن جراحة التجميل لا تباشر لأغراض علاجية إذ إن للتشوهات في البدن أثرها على نفسية الإنسان ومن ثم على صحته فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالألم في حياته الاجتماعية بينما نبيح له التدخل لشفائه من أي ألم جسماني مهما كان تافهاً خاصة بعد اتساع مهمة الطبيب التي لم تعد قاصرة على معالجة الاعتلال الجسماني وإنما أصبح من واجبه أن يعالج المريض وكل حالة نفسية قد يكون لها انعكاس على صحته أو سلامة أعضائه وهو ما استقر عليه جانب كبير من الفقه في فرنسا[2].

---

(1) الجوهري، المرجع السابق، ص322.
الإبراشي، المرجع السابق، ص298، هامش رقم1.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص31.
ومن الكتاب العرب الذين رفضوا جراحة التجميل انظر:
الدكتور عبد الرحيم السكري، المرجع السابق، ص240.
(2) تفصيل ذلك راجع: الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص298.

المطلب الثاني: الرأي الوسط

ويرى أنصاره تأييد فكرة الأعمال الطبية التجميلية ولكن بصورة محدودة، أي جواز إجراء الطب التجميلي على شكل وبدن الإنسان في مجال العيوب البسيطة التي لا تحمل خطراً كاستئصال اللحميات والعظام البارزة في الجسم والتجاعيد في الوجه وخلع الأسنان المعوجة وتكميل الأنف الناقص وغيرها منعاً من أن تجعل صاحبها محلاً للسخرية بين الناس في المجتمع[1]. أما العيوب غير البسيطة (الجوهرية) والتي فيها مخاطر على حياة الشخص أو جسده فهي غير جائزة ولا مبرر لها.

ولعل السبب الذي دفع أنصار هذا الاتجاه إلى تضييق فكرة جراحة التجميل في نطاق العيوب البسيطة فقط هو عدم التناسب بين المخاطر والفائدة من العمل الطبي وللحد من جراحة الترف. وهو اتجاه لم يلق تأييداً واسعاً بين فقهاء وشراح القانون المدني، خاصة وأن هناك صعوبات في التمييز بين العيب البسيط عن العيب الجوهري.

المطلب الثالث: الموسعون لإجراء العمليات الطبية التجميلية

يرى أنصار هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي أنه يجب التوسع فيما يباح من جراحة التجميل على اعتبار أن هذه الأعمال من مجددات الشباب ومن العلاج تبعاً لذلك أو على الأقل وسيلة من وسائل الكفاح ضد المرض، بل إن التجميل يعطي للإنسان المسرة والسعادة وهما من شروط صحة الإنسان[2].

هذا بالإضافة إلى أن الأعمال الطبية التجميلية تذلل العقبات التي قد تعترض الشخص في اكتساب رزقه في الحياة الاجتماعية وإن من الناحية المعنوية تخفف ما قد يشعر به الشخص من ألم جراء ما به من تشويه[3].

---

(1) انظر تفصيل هذا الاتجاه من مؤيديه وحججهم:
الجوهري، المرجع السابق، ص322.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص31.
(2) الجوهري، المرجع السابق، ص322. وهو رأي العلامة (مازو) و(لاكاس) (ولويس داريتج) وغيرهم.
(3) انظر رأي (بليندو) في مؤلف الدكتور الإبراشي، ص300، هامش رقم (3).

ومن جهة أخرى فإن فكرة المرض لم تعد قاصرة على الأمراض العضوية في الجسد البشري وإنما شملت الأصول النفسية كما يقول الأساتذة (مازو) و(نيجر) و(لاكاس) و(بيرو)، فذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى أن جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة العامة تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها وأن أول هذه القواعد العامة أن توجد الملاءمة بين درجة العيب والخطر الذي يتعرض له المريض فإذا كان التشويه شديداً بحيث يوصد أمام صاحبه أبواب الزواج أو الرزق أو يجعله محلاً للسخرية أو الاستهزاء بما يعرضه للاضطرابات العصبية والنفسية ويجعل حياته عبئاً قد يدفعه إلى طلب التخلص منها بالانتحار فإن الجراحة التجميلية ترقى هنا إلى مقام الجراحة العلاجية[1].

أما إذا كان العيب بسيطاً وأثره هيناً على نفسية المصاب به وكان يمكن إصلاحه بوسائل غير خطرة لا يباح للطبيب أن يعرض مريضه للخطر في سبيل إزالته وإلا نهضت مسؤوليته المدنية عن الضرر الذي ينجم عن العمل الجراحي حتى ولو كان قد أجراه بناء على رضى الشخص المعالج أو رجائه أو طبقاً لقواعد الفن الطبي[2]. ويرى البعض أن جراحة التجميل لا تمارس من حيث المبدأ لأهداف علاجية ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة من ورائها من الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها، هذا بالإضافة إلى أنها تجري في ظروف متأنية فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات، ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر مما يستدعي شروطاً خاصة في رضائه وتبينه لجوانب العملية الطبية المرجوة[3].

---

(1) انظر سمير أورفلي، البحث السابق، ص32.

(2) الإبراشي، ص300 ـ 301.

(3) الدكتور محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، 1985، ص162. وقارن كذلك مع الإبراشي، المرجع السابق، ص301 ـ 302.

ونحن نعتقد أن اتجاه أغلب الفقه الفرنسي في توسيع جراحة التجميل هو الصواب كما لا نؤيد فكرة التمييز بين العيوب الجوهرية والعيوب البسيطة في شكل الإنسان لأن مسألة تحديد هذه العيوب في كونها بسيطة أم جوهرية هي مسألة نسبية لا تخضع لضابط محدد واضح فما يعتبره شخص عيباً بسيطاً (كوجود الشعر في ذقن شابة) قد لا يعد كذلك بالنسبة لأخرى.

ثم إن إجراء العمل الطبي التجميلي برضى الشخص وبإذن الشارع وحسب قواعد وأصول الفن الطبي لا يوجب أبداً أن تنهض المسؤولية الطبية حتى وإن حصلت بعض الأضرار الجانبية (الثانوية) كأن تترك العملية ندباً على الجسم؛ لأن هناك من الأعمال الطبية ما تحمل المخاطرة والمغامرة الضرورية بدلاً من الاستسلام لليأس[1].

(1) انظر قضية الطفلة (تيفاني) التي ولدت دون مثانة وبساقين متلاصقتين ودون أصابع وكانت الوقائع الطبية والعلمية المثبتة في الكتب تؤكد استحالة إجراء عمليات ناجمة لها غير أن ما شجع الأطباء على القيام بالعمليات هي سلامة العظام فأجريت لها ونجحت العمليات وأصبحت حالتها الصحية جيدة فأثبتت الحالة عكس ما هو ثابت في الكتب العلمية الطبية. صحيفة الثورة يوم 1989/11/24.

المبحث الثاني
طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية

المطلب الأول: تحديد طبيعة المسؤولية

المسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة[1].
وفي نطاق المسؤولية المدنية يكون الشخص قد أخل بالتزام مقرر في ذمته وترتب على هذا الإخلال ضرر أصاب الغير فيصبح مسؤولاً قبل المضرور وملتزماً بتعويضه عما أصابه من ضرر ولهذا فإن المسؤولية المدنية أوسع من دائرة المسؤولية الجنائية لأن الثانية محصورة بحالات الإخلال بأوامر أو نواهٍ منصوص عليها صراحة بينما يكفي لقيام المسؤولية المدنية الإخلال بأي واجب قانوني[2].

والسؤال الذي يطرح في هذا الميدان هل إن مسؤولية الطبيب أو الجراح في العلاج التجميلي هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ أي ما هي طبيعة المسؤولية في الجراحة التجميلية؟

للإجابة عن ذلك، نقول إن الفقه المدني لم يتفق على رأي موحد في هذا الشأن بين نظريتي المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وقد رجح فيه الرأي القائل بأن مسؤولية الطبيب تكون عقدية إذا وجد العقد الصحيح بين الطرفين وأن الضرر ينشأ

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص1.
MAZEAUD (H.L.J)-LECONS DE DROIT CIVIL ،Op. Cet. P. 301.
NOUR ،EDDINE TERKI ،LES OBLIGATIONS ،ALGER 1982 P. 17.
DALLOZ ،Repertoire de Droit civil ،Tome VI –Paris 1975 P.1.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي، ص5.
الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987، ص341 ـ 342.
الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، 1988، ص359 ـ 360.
حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، 1979، ص3 ـ 4.
DALLOZ ،Repertoire de Droit civil Op. Cit. P. 2.

عن الإخلال بالعقد الطبي وأن هذه المسؤولية تنهض سواء وجد الأجر أم كانت المعالجة على سبيل المجان بسبب الزمالة أو المجاملة وهو رأي الأستاذ سافاتيه وغيره[1].

ومن البديهي أن هذه الرابطة العقدية تكون موجودة بين طبيب التجميل والمريض في حالة إنشاء العلاقة وتكوينها في العيادة الخاصة حتى ولو أجريت العملية في مستشفى حكومي أو خاص مادام إنشاء العقد حصل أصلاً بإيجاب في عيادة الطبيب الخاصة، كما تكون الرابطة التعاقدية موجودة إذا تكون العقد الطبي في مستشفى خاص. فالطبيب إنما يمثل وضعه حال الإيجاب البات وهو الفعل الأول في التعبير عن الإرادة وإن المريض يعبر عن إرادته بالقبول ويعلن عنها بطرق التعبير المنصوص عليها في القانون المدني العراقي (المادتان 77 و81).

وهذا يعني أن العلاقة التي تتكون بين الطرفين في مستشفى حكومي لا تكون عقدية وإنما تخضع للوائح والأنظمة وقبل هذا لنص القانون، فأي خلل في الرابطة المذكورة تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية وهي إما أن تكون مسؤولية تقصيرية عن الخطأ الشخصي أو مسؤولية تقصيرية عن خطأ الغير كمسؤولية المتبوع عن الخطأ التابع، ويذهب البعض قائلاً: (ولكي تعتبر مسؤولية الطبيب عقدية يجب أن تتوافر عدة شروط إن تخلف أحدهما اعتبرت المسؤولية تقصيرية وهذه الشروط هي:

1. يجب أن يكون المجني عليه هو المريض.
2. يجب أن يكون هناك عقد.
3. يجب أن يكون العقد صحيحاً.

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص382 ـ 383.
وانظر في الخطأ الطبي:
GERARD MEMETEAU ،LU DROIT MEDICAL ،(4) PARIS ،1985. P. 411.
ولاحظ الاختلافات في طبيعة المسؤولية الطبية:
سمير أورفلي، البحث السابق، ص37 ـ 39.

4. يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج.
5. يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد)[1].

على أن هذه الشروط إذا كانت صحيحة وضرورية لقيام المسؤولية العقدية، إلا أنها جاءت غير دقيقة، ولهذا نختلف مع الباحث في الشرطين الرابع والخامس.

فبالنسبة للشرط الرابع؛ نقول إن الخطأ العقدي لا ينهض فقط في حالة عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي وإنما توجد حالات أو صور أخرى تشكل (خطأ عقدياً) سواء في نطاق العقود الطبية أم في العقود الأخرى كالبيع والمقاولة والإيجار ومن هذه الحالات: التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي الطبي والتنفيذ المعيب للالتزام العقدي الطبي والتنفيذ الجزئي للالتزام العقدي الطبي.

وفيما يخص الشرط الخامس؛ فإن المدعي قد لا يكون بالضرورة صاحب حق يستند للرابطة العقدية وإنما ربما يكون صاحب مصلحة مشروعة كالخطيبة لأن الخطبة هي وعد بالزواج ولها مصلحة مشروعة في إبرام عقد الزواج وكالمعال من غير الورثة كالخالة وابن الأخت وابن العمة أو بنت الخالة الذين قد تضرر مصالحهم في حالة إصابة المريض بضرر في جسده بخطأ طبي وهؤلاء لهم مصلحة ليست مخالفة للنظام العام والآداب العامة وإن لم ترتق إلى مرتبة الحق.

ومثال ذلك لو أن بنت الخالة المعالة من المريض المتضرر انقطعت نفقتها أو قلت بسبب الإصابة الجسدية المميتة أو غير المميتة (العجز الكلي أو الجزئي الدائم) الحاصلة بخطأ من الطبيب الذي سبب الضرر وترتب عليه فقدان المورد المعاش أو تناقص القدرة الكسبية بسبب ذلك، فإننا نعتقد أن المصلحة المشروعة لها تضررت

(1) سمير اورفلي، البحث السابق، ص42.

ويحق لها المطالبة بالتعويض بشرط أن تكون النفقة أثناء الحياة ليست على سبيل الإحسان وإنما دائمة لاعتبارات عائلية أي أنها نفقة مستقرة وثابتة.

نضيف إلى ما تقدم تساؤلاً آخر عن نوع الالتزام في مجال المسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية فهل إن التزام طبيب التجميل هو مجرد التزام بتحقيق نتيجة أم هو التزام ببذل عناية؟

المطلب الثاني : نوع الالتزام المدني

يثار السؤال عن نوع التزام طبيب التجميل لمناسبة بحث إثبات الخطأ الطبي، ففي هذا المجال يقع على المريض عبء إثبات هذا الخطأ لأنه هو المدعي وإذا أثبت المريض صحة ادعائه كالإهمال الواقع من الطبيب كما لو قدم الدليل أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر في جسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال.[1]

---

(1) نقض مدني 969/6/26 (مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية) مشار إليه في مؤلف الدكتور سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص405، وكذلك ص 63.

وحول علاقة السببية La causalite وفكرتها وخصائصها وانقطاعها بالسبب الأجنبي أو بنفي الخطأ عن الطبيب انظر:

JEANCARPONNIER ،DROIT CIVIL ،(4) ،LES OBLIGATIONS-PARIS ،1982-PP. 364-366. MAZEAUD (H.L.J) ،OP.CIT. P501,P.523.

ولاحظ فكرة نفي الخطأ بإثبات السبب الأجنبي في الالتزام بتحقيق نتيجة وفي الالتزام ببذل عناية: د. إسماعيل غانم، النظرية العام للالتزام، ص50 ـ 56. وانظر الدكتور جورج سيوفي، النظرية العام للموجبات والعقود، ج1، بيروت، 1960، ص 414. حيث يطلق عبارة زوال المسؤولية على حالات السبب الأجنبي.

أما الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور فيذهب إلى أنه السبب الأجنبي فينفي رابطة السببية لأنه إذا انتفى الخطأ لا محل للكلام عن السببية وجوداً ونفياً. المصادر غير الإرادية للالتزام، ص80، 1981، محاضرات في كلية الحقوق جامعة الكويت، ص40.

ومـن المعـروف أن نـوعي الالتـزام في كتب الفقـه المـدني همـا: الالتـزام بعنايـة والالتـزام بغايـة؛ ففـي النـوع الأول الـذي يطلـق عليـه الالتـزام بوسيلة، كالتزام الطبيب بالقيام بعمله وفقاً لأصول المهنة، يثبت المريض (الدائن) باعتباره هو المدعي وجود العقد الخطأ العقـدي أو الخطـأ التقصيري والأضـرار الـتي أصـابته مـع علاقـة السـببية، مـا لم يدفع الطبيب المسؤولية عنه بوجود السبب الأجنبي (القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطـأ المتضـرر).

وليسـت جميـع الالتزامـات في المجـال الطـبي مـن هـذا النـوع، وإذا كـان الأسـتاذ الجليل السنهوري يذكـر بـأن (التـزام الطبيب بعـلاج المريض ليس التزامـاً بتحقيـق غاية هي شفاء المريض بل هو التزام ببذل العناية الواجبة في علاج المريض وفقـاً لأصـول صنعة الطبيب)[1]، فإن هـذا الكـلام صحيح في كثير من الأعمال الطبية إلا أنه ليس صـحيحاً في أعمـال أخـرى حيـث يلتـزم الطبيـب بتحقيـق نتيجـة (الالتـزام بغايـة) نظـراً لتطـور علـم الطب كما في عمليات نقـل الـدم وتحديـد الفصيلة لنـوع دم المـريض. إذ علـى الطبيـب أن يتأكـد جيداً مـن خلـو الـدم المنقـول مـن أي مـرض وصـلاحيته ونـوع الفـصيلة الـتي ينتمـي إليها وإلا نهضت مسؤوليته وهو اتجاه جانب كبير من الفقه المدني العربي والأجنبي.

أمـا في الالتـزام بغايـة (تحقيـق نتيجـة) وهـو النـوع الثـاني مـن أنـواع الالتزامـات فـإن الشخص لا يستطيع أن يتخلص من التزامـه إلا إذا أثبـت السـبب الأجنبي الـذي حـال دون تحقيق النتيجة المطلوبة منه وإلا فإن الخطأ في جانبه كالتزام البائع بنقـل ملكيـة المبيـع والتزام المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار.

---

(1) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، ص 661، هامش1. ومن المؤيدين لهذا الاتجاه أيضاً:
سمير أورفلي، البحث السابق، ص43.
الدكتور هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد 2، 1981، ص82.

وفي نطاق جراحة التجميل فإن نوع الالتزام لم يتفق عليه من الناحية الفقهية، فقد ذهب جانب من الفقه المدني الفرنسي إلى القول بأن التزام جراح التقويم والتجميل هو (التزام بتحقيق نتيجة) بحيث يسأل الجراح عن فشل العملية وهي نظرة يعتبرها (الإبراشي)، مجرد خفقات أخيرة لتلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على جراحة التجميل، لأن التطور أقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التي تهدف إليها حتى بات الإنسان مديناً بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية وإذا كانت جراحة التجميل قد أصبحت من فروع الجراحة لها تعاليمها وأصولها فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة[1].

وإذا كان القضاء الفرنسي يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي وفي التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى إلا أن القضاء المذكور مجمع على أن التزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل ما زال حتى عام 1968 (التزاماً ببذل عناية) وليس التزاماً بتحقيق نتيجة[2].

إلا أننا نعتقد أن ما يحدد نوع التزام الطبيب والجراح في الأعمال الطبية التجميلية والعلاجية الأخرى هي مستوى تقدم العمل الطبي ونتائجه الأكيدة والمستقرة لا الاحتمالية فإن كانت كذلك عدّ العمل أو الالتزام بغاية ولا يكون طبيب التجميل أو غيره موفياً بالتزامه إلا إذا حقق النتيجة كالتزام الختان والالتزام بنقل الدم والتزام المختبر في التحليلات المرضية، وإن كانت النتائج محتملة اعتبر العمل أو الالتزام بوسيلة (بذل عناية) ومنها التزام الطبيب والجراح في الطب التجميلي. ومع ذلك فإن في الجراحة التجميلية بوجه عام قد يتضمن العمل الطبي نوعين من الالتزامات، منها ما يلزم فيها تحقيق نتيجة وأخرى يكفي بذل العناية.

(1) د. حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص297.
(2) د. محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص74.

يبقى لدينا السؤال عن مقدار العناية المطلوبة فهل هي عناية الشخص المعتاد أم عناية الشخص الحريص؟ وهل إن ذات المعيار يسري في القرية والعاصمة؟ كما أنه يسري على الطبيب الممارس وطبيب الاختصاص؟ أم أن لكل حالة حكمها وظروفها؟

للإجابة على ذلك، نقول إن من غير الصائب النظر لجميع هذه الحالات بمقياس واحد فلكل حالة ظروفها وملابساتها ومقدار العناية المطلوبة ونوع أو درجة العناية؛ فالطبيب الاختصاصي في جراحة التجميل في مستشفى متخصص مزود بأحدث الأجهزة الطبية يلزم أن يبذل من العناية والحرص أكبر من الطبيب في مستشفى عام في محافظة ما تفتقر لوجود بعض الأجهزة الحديثة في هذا الميدان وهكذا. هذا فوق أن شخصية الطبيب الأول دائماً تكون محل اعتبار من المريض.

ومن البديهي أن بإمكان الطبيب أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي،[1] كإثبات الطبيب أن الخطأ من المتضرر هو السبب في حصول الضرر لأن المريض لم يتبع تعليمات الطبيب أو أن الضرر ينسب إلى قوة قاهرة أو خطأ الغير (طبيب آخر) كما لو كان المريض قد راجع طبيباً آخر ارتكب خطأ مما ينبغي أن ينسب الطبيب الثاني لا الأول.

وفي هذا السياق ذهب القضاء المصري إلى القول بأنه كما يلزم الطبيب بأن يبذل قصارى الجهد في معالجة المريض فإنه يجب على المريض أن يلزم من جانبه اتباع ما يشير به الطبيب وما أمر به وكما يتطلب المريض من الطبيب ألا يقصر في حقه يلزم على المريض ألا يقصر في حق نفسه فلو طلب الطبيب من المريض أن يعرض نفسه عليه من أوقات محددة وخالف المريض ذلك وترتب على ذلك إن أحدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب في المواعيد التي حددها فلا مسؤولية على

---

(1) (المادة 211 من القانون المدني العراقي) والمادة (165) من القانون المدني المصري والمادة (261) من القانون المدني الأردني.

الطبيب[1]. لوجود خطأ المتضرر الذي دفع المسؤولية عن الطبيب. أما إذا تأخر الطبيب أو الكادر الطبي في المستشفى عن تقديم الإسعافات الطبية اللازمة وأدى إلى وفاة المريض فإن الخطأ الجسيم ثابت وتنهض المسؤولية الطبية الجنائية والمدنية[2].

المطلب الثالث: الجمع والخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجراحة التجميلية

ابتداء لا بد من القول إن الجمع بين قواعد المسؤوليتين غير جائزة حتى ولو توافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، كأن يتفق المريض مع طبيب التجميل في عيادته الخاصة ويجري العملية الجراحية في مستشفى حكومي.

فالضرر لا يجوز التعويض عنه إلا مرة واحدة وإلا حصل إثراء بلا سبب على حساب المدين وهو ما لا تقره قواعد العدالة فالتعويض يلزم أن يتناسب مع مدى الضرر.

كما لا يجوز للدائن الجمع بين خصائص المسؤولية العقدية والتقصيرية فينتقي ما يناسبه للحصول على حقه. وهو أمر غير مستساغ[3].

ولا يجوز للمريض أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية فإن خسرها يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية أو بالعكس؛ لأن الفقه ـ على عكس القضاء الفرنسي ـ مجمع على أن قوة الشيء المقضي فيه يحول دون ذلك[4].

---

(1) تاريخ القرار 1944/10/13 (المحكمة الابتدائية) منشور في مؤلف الأستاذ سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص406ـ 407.

(2) إن هذه المسؤولية تنهض طبقاً لأحكام القانون الجنائي وأحكام القانون المدني (المسؤولية عن الخطأ الشخصي أو المسؤولية عن خطأ الغير) سواء في نطاق العمل الطبي التجميلي أم في غيرها من الأعمال الطبية.

ونشير إلى ما ذكرته جريدة الجمهورية يوم 1990/1/11 من حالة (إهمال) طبية أدت إلى وفاة المريضة واكتفي بإحالة الأوراق الخطية لمعاقبة الطبيبة عن ذلك بعقوبة انضباطية!!

وخلاصة القضية أن زوجة المدعي (ع) تعاني من ارتفاع ضغط الدم أثناء عملية الولادة (التي يلزم أن تقع بعملية قيصرية) ولسبب تأخر الطبيبة المولدة وانشغالها في عيادتها الخاصة لم تجر لها عملية الولادة في وقتها المحدد وبعد إجراء العملية التوليد مات المولود وأهملت الأم بعد الولادة دون عناية حيث لوحظ عليها علامات الازرقاق وأنها تعرضت للصرع ثلاث مرات ولم يحصل التدخل الطبي. وبعد إجراء التحقيق في مستشفى صدام العام في الكوت تبين أن الطبيبة (أحلام) مقصرة في ذلك وأن لجنة الانضباط ستصدر بحقها العقوبة المناسبة!!

(3) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، ص 757.

(4) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، ص757 – 758.

أما بالنسبة للخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية فإن الفقه والقضاء منقسم إلى فريقين: **الأول** يرى أن للدائن أن يختار بين الدعوتين والثاني يذهب إلى عدم جواز الخيرة لأن قواعد المسؤولية العقدية تجب قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

ولقد ذهب الأستاذ الجليل السنهوري في (موجز نظرية الالتزام فقرة 301) إلى جواز الخيرة بين المسؤوليتين، إلا أنه تراجع عن رأيه في الوسيط[2] وذهب مع القائلين إلى عدم جوازها قائلاً:

(فنحن نأخذ بالرأي الذي يقول بألا خيرة للدائن، وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية).

ومع احترمنا وتقديرنا لرأي المرحوم السنهوري، نقول إن موضوع الخيرة في المسؤولية في ميدان العقد الطبي تختلف عما توصل إليه، وإذا كانت الخيرة لا تكون إلا في التزام يفرضه العقد والقانون معاً، فإنه يلزم التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا تكون العقد الطبي ابتداء وانتهاء في مستشفى حكومي فإن الإخلال الواقع يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية.

الحالة الثانية: إذا تكون العقد الطبي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص ونفذت العملية في مستشفى حكومي أو نشأت العلاقة بين الطبيب والمريض في مستشفى حكومي وأنجز العمل الطبي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص، فإن الخيرة تظهر هنا واضحة أمام الدائن (المريض) في اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية ويجوز له الخيرة بينهما.

---

(1) انظر تفصيل ذلك: الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، ص758. ولاحظ الاختلاف في المواقف الفقهية والقضائية في مصر وفرنسا شأن الموضوع، وتحديد موقف محكمة النقض التي لم تبت في موقفها، ص 760 ـ 761 هامش رقم 1. وانظر الدكتور سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص71، فقرة 73.

(2) ج1، ص 761.

أما دليلنا على ما نقول فإن الكثرة في أحكام القضاء المصري والفقه المدني المصري والقضاء الفرنسي تجيز الخيرة، [1] كما أن قواعد العدالة توجب فتح الأبواب أمام المضرور للحصول على حقه عن الإخلال بالعقد أو بالالتزام المفروض بنص القانون لجبر الضرر.

(1) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، القاهرة، 1944، فقرة 28.
الدكتور سليمان مرقس، الوافي، ج2، فقرة 38، ص 77. وهو يقول بأنه كان من أول القائلين بعدم الخيرة وأن محكمة النقض المصرية استقر موقفها وأخذت صراحة بهذا الاتجاه إلا أنه يستدرك فيقول في ص 78 (غير أنه إذا كان الإخلال بالتزام العقدي جريمة جنائية أو كان راجعاً إلى غش من المدين، كان للدائن أن يختار بين المسؤوليتين). وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية أيضاً فيما بعد.

الفصل الثاني

التنظيم القانوني للمسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية

يتضمن هذا الفصل معرفة القواعد العامة في القانون المدني لهذه المسؤولية ثم حكم اجتماع المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية سيما وأن النوع الأول من المسؤولية أوسع في دائرته من النوع الثاني.

فالقانون الجنائي خصص أحكاماً مستقلة لجرائم الاعتداء على حياة وأبدان الناس ووضع العقوبات على فاعليها. ثم إن جراحة التجميل قد تنظم في تعليمات أو لوائح كما في تعليمات السلوك المهني في العراق التي يصار إليها كقواعد عامة في المجال الطبي.

لذلك سنقسم هذا الفصل حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: تنظيم المسؤولية في التشريعات المدنية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية.

المبحث الثالث: حكم الجراحة التجميلية في تعليمات السلوك المهني.

المبحث الأول

تنظيم المسؤولية في التشريعات المدنية

لم ينص القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون 1804) ولا تعديلاته المتفرقة[1]، ولا القانون المدني المصري أو القوانين العربية الأخرى (كالقانون الجزائري والكويتي والأردني)، ولا القانون المدني العراقي أو المشروع المدني الجديد على أي نص خاص بمسؤولية الأطباء المدنية.

على أن هذا لا يعني إعفاء هؤلاء من المسؤولية المدنية وإنما جرى مؤاخذة الأطباء والجراحين ومن هم في حكمهم بناء على نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ما يلي:

(كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه)[2].

وإذا كان العمل فيه جانب الإهمال أو عدم التبصر فقد نصت المادة (1383) المعدلة عام 1987، والتي طبق تعديلها في أكتوبر عام 1988 على أن كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ولا يفعله فحسب بل ينتج عنه بسبب إهمال أو عدم تبصره[3].

وجاءت المادة (163) من القانون المدني المصري صريحة في هذا المجالس إذ جاء فيها بأن: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). وعلى ذات النهج

---

(1) راجع هذه التعديلات في:
د. سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص113 ـ 125.
ولاحظ أحدث تعديل جرى تطبيقه منذ شهر أكتوبر 1988 على كثير من النصوص:
MISE A JOUR 1988 DU CODE CIVIL 1987 PARIS.
(2)CODE CIVIL ،1987 ،ART. 1982.
(3)CODE CIVIL ،1987 ،ART. 1983.
MISE A JOUR 1988 DU CODE CIVIL 1987. ART. 1383.

نصت المادة (124) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: (كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض وطبقاً لنص المادة (1/227) من القانون المدني الكويتي. فإن كل شخص أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه. سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً)[1].

كما ذهب المشرع الأردني في المادة (256) إلى إيراد المبدأ العام في المسؤولية عن العمل غير المشروع على النحو الآتي: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). ولم يأخذ بما ذهبت إليه القوانين الأجنبية وبعض القوانين المدنية العربية الأخرى بما ساقته من مبدأ عام إنما تأثر المشرع الأردني بأحكام الفقه الإسلامي حيث ذكر في المادة (257) والمادة (258) التمييز بين المباشر والمتسبب في إحداث الضرر ولو اجتمع في فعل واحد مباشر ومتسبب، يضاف الفعل إلى المباشر.

ولعل أول ما يلاحظ على الحكم المقرر في القانون الكويتي والأردني والعراقي المادة (191) في مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار هو يبين ما اتجه إليه الأحناف والشافعية والحنابلة، أما المالكية فثمة خلاف بينهم[2].

أما في ضوء القانون المدني العراقي، فإن المادة (202) نصت على الأعمال غير المشروعة التي تقع على نفس على نحو التالي:

(1) هذا هو المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي سواء وقع الضرر على النفس أو البدن أو المال، كالإتلاف والغصب، وهو مسلك سليم لأنه لم يتطرق إلى حالات جزئية.
والعمل الضار المباشر هو الاعتداء بلا واسطة ومن غير أن يتخلل فعل الفاعل أي عمل آخر، كالقتل والضرب والغصب والإتلاف المباشر للعام وهكذا بينما يراد بالعمل الضار تسبباً العمل الذي يقع على شيء فيفضي إلى ضرر. فمن وضع حجراً في طريق عام أدى إلى الاصطدام أو انقلاب السيارة، فإنما يكون متسبباً ومن حفر بئراً لغرض الإضرار بماشية جاره وسقطت بها كان متلفاً لها تسبباً والحكم على ذلك أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بينما المتسبب ضامن إذا كان متعمداً أو متعدياً فإن لم يكن كذلك لا يضمن الضرر.
د. محمود سعد الدين الشريف، القانون المدني العراقي، جـ1، مصادر الالتزام، 1955، ص415.
(2) المذكر الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص220.

(كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر). وذكرت المادة (203) التعويض في حالة القتل أو الوفاة لمن حرم من الإعالة (الضرر المرتد).

ثم جاءت المادة (204) بحكم مشترك للأعمال غير المشروعة على النحو التالي: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

ولم يشأ مشروع القانون المدني الجديد أن يسير على النهج ذاته الذي سار عليه القانون المدني العراقي وإنما أورد في المادة (406/ أولاً) مبدأ عاماً جاء فيه ما يلي:

(أولاً: كل خطأ ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

ونعتقد أن الاتجاه السليم في مجال تقرير المسؤولية عن العمل الشخصي الضار عدم إيراد حالات جزئية موزعة، بعضها يخص الضرر الجسدي وأخرى تخص الضرر المالي، وإنما يلزم من المشرع صوغ القواعد العامة وترك الحالات التفصيلية للفقه والقضاء. ففي هذا مرونة أكبر للنص القانوني يحول دون جموده وعدم استيعابه لما قد يستجد من أخطاء تسبب الأضرار للغير.

بناء عليه فإن الفقه المدني الفرنسي والعربي الراجحين يخضع مسؤولية الطبيب والجراح عموماً لقواعد المسؤولية المدنية العامة. سواء عند وجود العقد أو عند عدم وجوده، حيث يخضع العمل الطبي للمبدأ العام في المسؤولية التقصيرية[1]، أما الرأي الآخر الذي ينادي بإعفاء الأطباء من المسؤولية (سواء في المؤلفات أم في المؤتمرات الطبية) فلم يكن أنصاره سوى من الأطباء أنفسهم[2].

---

(1) من الفقه الفرنسي (مازو) و(بيرسون) و(دي فيليه) ومن الفقه العربي الأستاذ (وديع فرج) و(فائق الجوهري) و(الدكتور سليمان مرقس).

د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ2، ص381.

الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط1، 1983.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي، جـ2، ص381.

وإذا كنا قد أوضحنا حالات المسؤولية العقدية والتقصيرية للطبيب والجراح في العمل الطبي التجميلي والعلاجي (الأعمال الجراحية) وصور الخطأ العقدي في العلاج الطبي، فإن خطأ الطبيب غالباً ما يقود إلى أضرار تمس الروح أو الجسم، فيكون من هذه الزاوية جرماً جزائياً (جريمة) فتخضع الحالة التي ينتج عنها الضرر عن جريمة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وتتوسع دائرة التعويض حتى وإن قامت بين الطبيب والمريض علاقة عقدية، رغم أن ما توصلنا إليه هو جواز الخيرة في القواعد العامة للمسؤولين العقدية والتقصيرية[1].

والتشريعات المدنية سالفة الذكر لا تعفي الطبيب والجراح في الطب التجميلي من المسؤولية حتى ولو قام بالعمل برضى الشخص إذا لم تكن الموازنة بين الفوائد والمخاطر متناسبة وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً[2]. لأن الرضى وحده لا

(1) انظر رأي عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ص244.
ونعتقد أن في حالة وجود الإهمال (الخطأ الجسيم) أو (الغش) أي سوء النية أو الخطأ العمدي فإن هناك جناية أو جنحة من الطبيب على المرض حسب مدى الضرر ما إذا كان الفعل أفضى إلى الموت أم إلى العاهة البدنية، وبذلك نخالف مسلك محكمة تمييز العراق الموقرة في قرار لها صدر ببراءة طبيب من تهمة استندت إليه وثبت عليه، تشكل إهمالاً كبيراً أفضى إلى العاهة البدنية المؤقتة وكان قرارها البراءة من الناحية الجنائية. إلا أن هذا لا يعني عدم المساءلة من الناحية المدنية لأن الخطأ الطبي ثابت بدليل قيام وزارة الصحة بتوجيه عقوبة الإنذار للطبيب د. (محسن) لأنه ترك قطعة القطن في المثابة أثناء إجراء عملية البروستات.
بهذا كان من المفروض المؤاخذة على فعل الطبيب من الناحيتين الجنائية والمدنية والإدارية.
لاحظ ما نشرته صحيفة الثورة يوم 1989/11/25 بشأن وقائع القضية.
كما نشير بهذه المناسبة إلى حكم محكمة استئناف باريس يوم 1960/6/20 وتعليق الأستاذ (بورتيس) في المجلة الفصلية المدنية لعام 1960 الذي قال:
(إن القوانين تهتم بخير المجتمع السياسي أكثر مما تهتم بتحسين مستوى الإنسان الخلقي).
ويخص الحكم قضية راقصة أجرى لها الطبيب عملية تجميل تركت ندبة في أسفل بطنها.
فجاء في الحكم بأن الراقصة التي تقوم بتعرية جسدها أمام جمهور من الناس لا يمكنها تأدية عملها فطالبت جراح تجميل بعطل وضرر بحجة أن العملية تركت ندبة في بطنها لا تتاح الفرصة عادة لإظهارها في الحياة العادية. غير أن هذا الحكم جاء خلافاً لما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية التي اعتبرت أن الندبة هذه قللت من إقبال الجمهور على مشاهدة جسدها العادي.
د.يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، القانون والجرم وشبه الجرم، ط2، 1981، ص263، نبذة 450.
(2) انظر مثلاً قرار محكمة استئناف باريس في 1959/1/13 منشور في مؤلف عاطف النقيب، ص 252.

يكفي كسبب لإباحة الفعل كما ليس للطبيب أن يعمد مسبقاً إلى الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية عن أضرار جسدية قد تحل بالمرض[1].

كما نشير هنا أن الضرر الذي قع على مريض من الطبيب أو الجراح في مجال التجميل على النحو الآتي.

المطلب الأول: الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية[2]

ويراد به الضرر الذي يصيب الذمة المالية بفعل الإصابة البدنية الأمر الذي يستوجب تعويضه. وتعويض الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية كالندبة أو التشويه أو الحروق يكون حسب عنصرين نصت عليها المادة (207) من القانون المدني العراقي للمتضرر وهما:

العنصر الأول: ما لحق المتضرر من خسارة مالية كنفقات العلاج والدواء والأشعة والإقامة في المستشفى وأجور التحليلات وغيرها.

العنصر الثاني: ما فات على المتضرر من كسب مالي لتعطله عن العمل كما لو كان المضرور مضيفة جوية أو مذيعة أو فنانة تعتمد على جمالها في أداء عملها مما يلزم أخذ الموضوع المذكور بنظر الاعتبار للحكم بالتعويض بصورة أكثر من التعويض المحكوم لعامل محطة بنزين أو بائع أدوات احتياطية للسيارات أو لاعب ورياضي مشهور.

لذلك فإن الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية من طبيب التجميل هو إخلال بحق ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية[3].

---

(1) د. عاطف النقيب، ص252.

(2) انظر أطروحة باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، أطروحة ماجستير نوقشت في قاعة الشهيد في كلية القانون يوم 1989/3/15.

(3) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ط1، ص856ـ 858.

وانظر المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي في عناصر الضرر المادي:

CODE CIVIL ،1978 ،ART. 1147.

=

وفي هذا السياق نذكر أن المتضرر من جراحة التجميل يستلزم - لكي يطالب بالتعويض - ثبوت الضرر على جسده وقيامه برفع الدعوى إذا لا دعوى بلا مصلحة وأن تتوافر جملة من الشروط العامة الأساسية حتى يكون الضرر قابلاً للتعويض عنه[1].

ولعل من المناسب أن نؤكد هنا موقفنا قائلين بجواز التعويض عن الضرر غير المباشر، إذا كان واضحاً حدوث الخطأ، والأمر في ذلك متروك لظروف القضايا ولسلطة القاضي التقديرية وبهذا نوسع من دائرة المسؤولية والتعويض.

على أن هذا الرأي ليس غريباً عن الوسط القانوني والاتجاه التشريعي إذ قد يكون الضرر غير المباشر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، وقد ذهب قانون الموجبات

DALLOZ REPERTOIRE DE DEVOIT CIVIL ،PARIS 1970.12.

وقارن مع نص المادة (226) من القانون المدني الأردني والمادة (427) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

ولاحظ تفصيلاً أيضاً:

د. احمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد1، السنة 22 ، 978، ص35 وما بعدها.

من الحقوق الثابتة الحق في السلامة الجسدية للنساء وغيرها. وعلى سبيل المثال نصت المادة 203 مدني عراقي على حق الشخص المعال في التعويض لوفاة المصاب أو عن قتله (الإصابة المميتة)، وهو ما نصت عليه المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي.

ولهذا لا يكفي الحكم بالتعويض أن يكون مرتكب الفعل الضار قد أخل بمصلحة مالية للمضرور بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة Legitume وهو شرط ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية غير محمية قانوناً. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ما لبثت أن تراجعت عن هذا الاتجاه فيما بعد مستندة إلى نص المادة 1382، مدني فرنسي التي لم تنص على مثل هذه التفرقة وإنما أقرت مبدأ عاماً بجبر كل ضرر، إلا أنها اشترطت أن لا تكون العلاقة عابرة أو عارضة وإنما تحمل طابع الاستقرار والجدية كما أجيز التعويض للأولاد الطبيعيين.

د. إدوار غالي الدهبي، مجموعة بحوث قانونية، ط1، دار النهضة العربية، 1978، ص 630 - 631.

وفي العراق فإن الخليل أو الخليلة ووسيط الفحشاء لا يمكنهم المطالبة بالتعويض لأن المصلحة ليست مشروعة ومخالفة للنظام العام والآداب العامة.

فالراقصة التي تجري لها عملية تجميل تترك أثراً مشوهاً عن جسدها لا تفسح المجال لصاحب الملهى الليلي أن يطالب بالتعويض عن الضرر لعدم وجود مصلحة مشروعة.

(1)RENE SAVTIER ،uaite de la responsabilite. Civil cr droil Francais ،paris 1951.p. 87.

لم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على تعداد هذه الشروط فمن قائل إنها على شرطين ومن قائل إنها ثلاثة وبعضهم يرى أنها أربعة شروط ومن قائل إنها خمسة شروط، انظر:

د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ص 383 - 384.

الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، ص855.

وانظر المادة (421) من المشروع المدني العراقي الجديد.

الدكتور سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص138.

MAZEAUD (H.L.J) ،Op. Cil.p335.

والعقود اللبناني لعام 1932 في المادة (4/134)، وكذلك المادة (99) من قانون الالتزامات السويسري إلى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر غير المباشر. ومثال ذلك، وفاة الأم بالسكتة القلبية عن الضرر الواقع على وجه ابنتها بفعل العملية التجميلية بشرط ثبوت العلاقة.

ونؤيد ما ذهب إليه الأستاذ (بوريس ستارك) بجواز طلب التعويض حتى عن الضرر المستقبلي ما دام أن وقوعه مؤكد[1].

وضرر المستقبل، ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل كإصابة شخص بعاهة أو تشوه في شكله تعجزه عن الكسب فإن الإصابة ذاتها محققة ولكن الخسارة المالية تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب، وهي تشمل كل ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته، يعتبر أكثرها ضرراً مستقبلاً، والضرر المستقبل هنا يعد في حكم الضرر المحقق ويستوجب قيام المسؤولية والتعويض[2]، هذا بالإضافة إلى أن كثيراً من المهن والوظائف تعتمد على الشكل السليم والبدن الصحيح، والضرر في الشكل كالندب والتشوهات ستقلل حتماً فرص التعيين أو تحد من فرص المنافسة للحصول على الأعمال.

ونعتقد أن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي بفعل خطأ طبيب أو جراح التجميل لا تنحصر على المتضرر شخصياً حتى وإن لم تكن الإصابة حتمية، فمن أصيب بضرر مادي جسدي غير مميت ومن يعيلهم من أصحاب الحقوق كالورثة ولأصحاب المصالح المشروعة من غير الورثة، الحق في طلب التعويض من الفاعل إذا تضررت حقوقهم أو مصالحهم المشروعة، كما لو كانت الإصابة الجسدية غير الميتة

(1)Boris starck – droit civil ،Obligation – Responsabilite – paris 1987 .p.55.

(2) الدكتور سليمان مرقس، الوافي، ج2، ص139.

وانظر ما اتجهت إليه النقض المصرية بجواز المطالبة بالتعويض عن ضرر المستقبل (نقض مدني 8/شباط/1977).

قد أدت إلى انعدام أو تقليل القدرة الكسبية للمتضرر مما أثر على حقوق ومصالح الغير.

وإذا كانت الإصابة قد أدت إلى الضرر الجسدي المميت (تعطيل جميع وظائف الجسد)، فهناك دعوى شخصية لأصحاب الحقوق والمصالح المشروعة[1]، وقد يكون لهما دعوى وراثية مع دعوى شخصية إذا كان المتضرر قد ثبت له الحق في التعويض عن الضرر المادي ودخل ذمته ثم مات جراء الإصابة، وهنا يجري التوزيع حسب القسم الشرعي (أي وفقاً للأنصبة أو السهام المقررة).

إن جسم الإنسان الذي تضرر من جراء خطأ طبي تجميلي لا يمكن إصلاحه كلياً كما في إصلاح الأشياء، فالمتضرر يتعرض دائماً لمخاطر عدم الشفاء أو الشفاء الناقص، الأمر الذي يوجب معالجته حتى بأغلى الأجور[2]، وله أن يختار المستشفى الذي يتعالج فيه مادام يجد فيه حماية أكثر لنفسه وصحته ولا يجوز إجباره على البقاء في مستشفى حكومي أو فرض المعالجة في مستشفى معين أو طبيب محدد[3].

ونضيف أن المادة (26) من قانون أصول المحاكمات الجزائية نصت: (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة الثبات). كما أن المادة (107) من قانون الإثبات نصت على ما يلي: (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً).

---

(1) اجاز القضاء الفرنسي التعويض للخليلة، إذا كانت علاقتها مع عشيقتها تحمل طابع الاستمرار الجدي في الحياة غير الشرعية في قرار صدر يوم 1970/2/27 علماً أن الفقه الفرنسي لم يتوحد موقفه من تعويض الأولاد الطبيعيين.
JEAN CARBONNIER ،LES OBLIGATIONS ،4.89.

(2)MAX LE ROY ،LEVALUATION DE PREJUDICE CORPOREL ،PARIS 1974 P.23.

(3) قرار محكمة التمييز 581/م1/1978، مجموعة الأحكام العدلية، العدد3، 1978، ص21.

والتعويض المدني ليس عقاباً على الفاعل، وإنما هو جبر للضرر بإزالته أو التخفيف منه ولا يمكن تصور التعويض العيني عن الخطأ الطبي في جراحة التجميل إلا في حالات نادرة[1].

لهذا فالأصل أن يصار إلى التعويض النقدي، لما في النقود من وسيلة جيدة لتقويم وإصلاح الأضرار وعلى هذا التعويض نصت المادة (209) من القانون المدني العراقي بإدخال قيمة مالية في ذمة المضرور موازية للقيمة التي حرم منها وقد يصار إلى دفعه جملة واحدة أو على شكل أقساط دورية أو في صورة مرتب مدى الحياة حسب ظروف الحال وطبقاً لطلبات المدعي، وعلى هذا ذهب المشروع المدني الجديد في المادة (425).

وأياً كان التعويض، فإن هناك جملة من الاعتبارات التي تؤثر في تقدير التعويض للمتضرر[2]، وغالباً ما يستعين القاضي برأي الخبراء في تقدير الضرر وبيان عليه المادة (140) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 التي جاء فيها:

(أولاً: للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها...).

المطلب الثاني: الضرر المعنوي الناتج عن الإصابة الجسدية

من الواضح أن الضرر الجسدي الناتج عن الإصابة الواقعة على الجسد بفعل الخطأ الطبي التجميلي لا ينحصر في الأضرار المالية فقط، وإنما يمتد ليشمل الضرر الأدبي (المعنوي) أيضاً. والضرر المعنوي Le dommage morale هو الضرر الذي لا

---

(1)SAVATIER ،RESPONSABILITE ،CIVIL ، OP.CIT.P.170.

وانظر المادة (439) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

ومن صور الضرر المعنوي ما يمس اعتبار الشخص أمام الناس إذ إن ما يؤذي السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية ما يلي:

(إن الأمراض من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكر أسماؤهم، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض).

السنهوري، الوسيط، ط1، ص865، هامش رقم1.

(2)NOUR ،EDPINE ،TERKI ،LES OBLIGATIONS ،OP. CIT. P. 187.

يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية وقد ينتج عن إصابة أو تشويه في الجسم أو ينهض وحده مستقلاً لأسباب متعددة[1].

ومن الناحية التشريعية، فإن القانون المدني العراقي نص في المادة (205) على الضرر المعنوي فجاء فيها يلي:

1- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض.

2- ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

3- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي)[2].

غير أن هذه المادة وردت عليها ملاحظات متعددة، سواء لمناسبة المسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية، أم لمناسبات أخرى، وعلى سبيل المثال لا الحصر، يبدو جلياً أن الضرر المعنوي غير ممكن تعويضه حتى ولو نشأ عن إصابة جسدية في حالة وجود عقد العلاج الطبي.

---

(1) انظر في الضرر المعنوي وأحكامه مفصلاً:

الدكتور السنهوري، الوسيط، جـ1، ص864 ـ 865.

الدكتور محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس بالإسكندرية، دون سنة نشر، ص464 ـ 465.

الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، 1971، ص127 وما بعدها.

إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير نوقشت يوم 1989/10/14.

DR. HASSAN ABOEL NAGA ،LA TRANSMISSIBILITE AUX HERITIERS DU DR OIT AREPARATION DU PRETIUM DOLORIS ،JOURNAL OF LAW ، VOL 11. NO. 1. 1987P.3.

(2) قارن مع ما نصت عليه المادة (222) من القانون المدني المصري والمادة (231) من القانون المدني الكويتي والمادة (267) من القانون المدني الأردني والمادة (431) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

لأن المادة المذكورة حصرت حق المطالبة في التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق الفعل الضار وهو مسلك يصعد بجذوره لأسباب عديدة منها تبني المشرع مبدأ التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن نتائجها الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في الثانية دون الأولى وهو ما يخالف قواعد العدالة.

ثم إن الفقرة الثانية لم تحدد مفهوم الأقربين من الأسرة مما أوقع القضاء العراقي في حيرة من أمره، فأوجد قرارات متناقضة في قضايا متماثلة.

هذا بالإضافة إلى أن الضرر المعنوي للأقربين من الأسرة والأزواج محصور في الإصابات المميتة دون الضرر الجسدي غير المميت وهو مسلك منتقد[1]، ثم إن قراري مجلس قيادة الثورة المرقمين 815 لسنة 1982 و106 لسنة 1985 لا يعدلان المادة (2/205) مخالفين بذلك مسلك القضاء العراقي (محكمة التمييز في قراراتها الصادرة بالأكثرية)؛ لأن القرارين يخصان حوادث السيارات فقط.

والضرر المعنوي يقدر دفعة واحدة وليس كالضرر المادي يتحلل إلى عنصرين، إلا أن هذا التقدير بالنقود الوطنية لأن العملة الوطنية هي أداة وفاء وهي الواجبة في التعامل قانوناً في العراق بين الأشخاص.

ويلاحظ أن الخطأ في جراحة التجميل قد ينجم عنه الضرر المعنوي فيصيب المضرور شخصياً بالحزن والمساس بشعوره وعاطفته وغير ذلك بفعل التشويه أو الندب أو

---

(1) للتدليل على صحة ما نقول في انتقاد النص المدني العراقي الذي لم يجز التعويض عن الضرر المعنوي إلا للمصاب شخصياً في الإصابة غير المميتة نتساءل كيف لا يرتد الضرر مادياً ومعنوياً على الأب الذي سينفق الغالي والنفيس فضلاً عن حزنه والألم المعنوي إذا وقع اعتداء على جسد ابنه أو ابنته؟.

ففي قضية نشرت يوم 1990/1/21 في صحيفة الثورة خلاصتها شخص (طالب دكتوراه) كان يحب شابة رفضت الزواج منه فكلف شخصاً آخر لتشويه جسدها بالتيزاب (مادة ماء النار) فارتكبت الجريمة وأصيبت بضرر جسدي غير مميت بلغت نسبته 100٪ في وقت كان الأب يدافع عن الوطن حيث يؤدي خدمة الاحتياط بالجيش.

فأصدرت محكمة جنايات الكراده ببغداد قرارها بالعقوبة حسب (412) من قانون العقوبات العراقي مع إلزام المدنين بالتضامن بدفع تعويض للمتضرر فقط بلغ قدره (50000)خمسون الف دينار).

ومن جهة أخرى فإن هذا المبلغ هو أعلى تعويض عثرنا عليه من بين المئات من قرارات المحاكم العراقية التي وقفنا عليها وهو مسلك جيد في القضاء العراقي، إلا أننا ندعو إلى تفهم فكرة الضرر المنعكس وتعويضه في الإصابة الجسدية غير المميتة.

الحروق أو خياطة الجروح الرديئة أو المعيبة فيستحق المتضرر التعويض حسب مكان الضرر ومدى الآلام وطبيعة العمل والاعتبارات الأخرى ويستحق أصحاب الحقوق والمصالح المشروعة هذا التعويض إذا كانوا يعيشون معه في حياة مشتركة.

لهذا نعتقد بصواب مسلك مشروع القانون المدني العراقي الجديد في الفقرة ثانياً من المادة (431) الذي لم يقصر الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي في الإصابة الجسدية غير المميتة على المضرور وحده وإنما شمل بذلك غير المصاب مسايراً بذلك اتجاه الفقه المدني الحديث.

وإذا كانت الإصابة الجسدية من جراح التجميل مميتة وجب التمييز بين حالين وهما:

الحال الأول: أن يكون هناك اتفاق سابق لمقدار التعويض مع الطبيب أو الجراح أو طالب به المضرور قبل وفاته (طبقاً للقانون المصري والجزائري والمشروع (3/205) وهو مسلك ليس سليماً من المشرع.

والمقصود بذلك أن تصبح مبلغاً مستقراً داخلاً في الذمة وعندها يوزع ضمن موجودات التركة حسب أنصبة السهام المحددة في التقسيم الشرعي (الدعوى الوراثية من أصحاب الحقوق).

الحال الثاني: إن المريض لم يتمكن من الاتفاق مع الطبيب على مقدار التعويض ولم يصدر الحكم النهائي، كأن يكون قد توفي مباشرة بعد العمل الطبي.

ففي هذه الحالة ينشأ حق شخصي مباشر قبل الطبيب (دعوى شخصية) عن ضرر أصابهم شخصياً من ضرر وقع على مورثهم وسببه خطأ الطبيب الشخصي.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن الجراحة التجميلية

يرجع لتحديد واجبات الطبيب بوجه عام إلى ما جاءت به الأنظمة والأصول الطبية والأعراف المهنية وما يعتمد من معايير فنية ومسلكية تفرض على الطبيب الواجبات، ففي فرنسا يوجد (قانون آداب مهنة الطب Code de déontologie médicale) الصادر في 1947/6/27 وفي العراق توجد تعليمات للسلوك المهني وهكذا.

ومن أهم الواجبات على الطبيب، في الجراحة التجميلية أو العلاجية الأخرى، قيامه بإعلام الشخص عن وضعه الصحي وما يلزمه من علاج ونتائج المعالجة المتوقعة، وعلى الطبيب الاستعانة برأي زملائه باستشارتهم عندما يحار في علاج مسألة ما، والامتناع عن إجراء العملية الطبية إذا لم يكن لها مبرر طبي أو صحي حتى وإن وافق على إجرائها المريض وعليه اتباع الأصول العلمية والفنية المتعارف عليها طبياً[1].

والقاعدة أن الطبيب إذا ارتكب الفعل قصداً يلاحق بجرم الإيذاء أي جريمة المساس بالبدن، ولا يشمل مفهوم الطبيب المشعوذ أو ممارس الطب البدائي لأن فعل هؤلاء منذ البداية ليس مشروعاً ولا مباحاً.

---

(1) د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، جـ2، المسؤولية الجنائية، 1985، ص416ـ 417.
والقاعدة التي افترضها الأستاذ الايطالي Crespi في مؤتمر الأيام الإيطالية ـ الفرنسية المنعقد في باريس عام 1972، تتلخص فيما يلي:
(في كل مرة تكون فيها حياة الشخص أو صحته أو سلامة جسمه في خطر فإنه لا يجوز للطبيب الجمالي إجراء أية تقويمات أو تعديلات ولو طلب المريض إجراءها).
د. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة كلية الحقوق والشريعة، 1981، ص194.
ومن الأعمال الطبية التي ليس لها مبرر طبي أو صحي وتكون سبباً لإقامة المسؤولية الجنائية على الفاعل حالة تغيير الجنس لتضليل العدالة أو المساعدة على الهرب من الخدمة العسكرية أو للحصول على حصة أكبر من الميراث أو غير ذلك.

ولكن فعل المشعوذ أو الممارس للعمل البدائي ليس المقصود به من يمارس الأعمال الطبية عن خبرة وتجربة كالمجبر الفني والقابلة أو المولدة أو الختان، لأن فعل هؤلاء يقوم على أسس طبية ويخضع لأحكام المسؤولية الطبية.

والمسؤولية الجنائية للطبيب تقوم على الخطأ والأهلية، حيث لا مسؤولية جنائية دون خطأ ولا مسؤولية على من ليس أهلاً لتحملها، كما يلزم وجود صلة سببية بين الخطأ والنتيجة الجرمية كشرط أساسي لقيام المسؤولية الجنائية، والمسؤولية الجنائية ترتب عقاباً على الفاعل المدرك لفعله.

ويرى الفقه الجنائي أن الخطأ الجنائي أما أن يكون إرادياً أو غير إرادي، فالخطأ الإرادي هو ذلك الخطأ الذي يحدث نتيجة لاتجاه إرادة الفاعل نحو ارتكابه وينصهر ضمن مفهوم القصد الجرمي (النية الجرمية)، أما الخطأ غير الإرادي فهو يحدث نتيجة إهمال أو قلة احتراز أو عدم مراعاة للقوانين والأنظمة[1].

---

(1) د. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية، ص39.

تكلم المشرع العراقي في قانون العقوبات عن الخطأ الإرادي في المادة (33) وخصص المادة (35) للخطأ غير الإرادي التي جاء فيها:

(تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الجرمية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر).

وانظر في شروط أسباب الإباحة ومنها حق العلاج:

عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤولية الحنائية، أطروحة ماجستير، 1977، ص8، 10.

ومن البديهي أن الخطأ الجنائي لطبيب التجميل قد يكون (خطأ إيجابياً) أو (خطأ سلبياً) ويتمثل الأول في وقوع فعل أو نشاط إيجابي كالتنفيذ المصيب للعمل الطبي أو التأخر في العلاج، والخطأ الثاني فيتمثل في الامتناع عن القيام بعمل كالامتناع عن إغاثة ملهوف أو مريض بحاجة إلى العناية الطبية.

إن طبيعة عمل الجراح في الطب التجميلي والجراحة العلاجية قد يكون الأداء على الطبيب القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين كالإحجام عن إنشاء السر الطبي الذي اطلع عليه الطبيب بحكم مهنته. فإذا أفشى السر نهضت مسؤوليته الجنائية والمدنية. عدا الحالات التي يوافق على إعلانها المريض أو يوجب المشرع عن الطبيب إذاعة أو إعلام السلطات بالحالة الطبية. فالمادة (437) من قانون العقوبات العراقي نصت على ما يلي: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فافشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص آخر. ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها).

وراجع في أركان المسؤولية الجنائية عن إفشاء السر المهني:

جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، أطروحة ماجستير في القانون 1984، ص124 وما بعدها.

ومن المعلوم أن الخطأ الجنائي يدرس عادة ضمن الركن المعنوي للجريمة وقد خصص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل لهذا الركن المواد (من 33 ـ 38) واعتبر الركن المعنوي يشمل (القصد الجرمي والخطأ).

فالقصد الجنائي (نية إزهاق الروح) إذا توافر لدى القائم بعملية التجميل من طبيب أو جراح كانت الجريمة عمدية وانصبت الجريمة على الاعتداء المتمثل على حق الإنسان في الحياة وإذا لم يتوافر القصد الجنائي كانت الجريمة غير عمدية.

على أن طبيب التجميل يعد من الأساس من أسباب الإباحة وإن كان ماساً بسلامة الجسد على نحو ما نصت عليه المادة (41) من القانون المذكور التي جاء فيها ما يلي:

(1- لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً لحق.

2- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن من أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة)[1].

ويترتب على قيام المسؤولية الجنائية قيام المسؤولية المدنية.

= أما عن مصدر الالتزام بالمحافظة على السر الطبي فهو نص القانون فإليه ترجع حالات الإفشاء الوجوبي للسر وآلات الامتناع عن الإفشاء للسر المهني عموماً.

(1) يقابلها نص المادة (186) من قانون العقوبات اللبناني.

فإذا أجريت عملية طبية أو جراحية لغرض التجميل أو غير ذلك دون مراعاة أصول الفن مثلاً نهضت المسؤولية الجنائية، كما لو ترك الجراح مشرط الجراحة في بطن المريض أو قطعة القطن في المثانة لأن هذه الأخطاء جسيمة ترتقي إلى مرتبة الخطأ العمد.

لاحظ عكس هذا الاتجاه الذي نقرره ما ذهبت إليه محكمة التمييز الموقرة في قضية نسي فيها الدكتور (م) قطعة شاش طبي في المثانة أثناء إجراء عملية البروستات للمريض (ن) حين قررت عدم وجود الخطأ الجنائي.

جريدة الثورة يوم 1989/11/25.

وانظر حالة وفاة شاب في ريعان العمر نتيجة الإهمال الجسيم من كادر التمريض في مستشفى ابن النفيس (تفاصيل القضية في جريدة الجمهورية ليوم 1989/4/12). ولاحظ القرار رقم (503/مدنية منقول/1988 غير منشور) الصادر عن محكمة تمييز العراق في 1987/11/30، حيث أسست المحكمة المدنية قرارها في الحكم بالتعويض المدني على الأوراق الحقيقية الإدارية التي جرت في المستشفى الذي يعمل فيه الطبيب.

فيمكن للمتضرر رفع دعواه المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة الجنائية كدعوى فرعية تابعة للدعوى الجنائية[1].

وقد ذهبت الغرفة الجنائية في محكمة النقض الفرنسية يوم 1986/4/17 إلى أن للقضاء الجنائي حجيّة الشيء المقضي فيه على القضاء المدني ولا يمكن للقاضي المدني أن يتجاهل ما يحكم به القاضي الجنائي كثبوت الخطأ على الفاعل[2].

كما أن الفقه الجنائي المصري أيد ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية بشأن إقامة مسؤولية الطبيب الجنائية على أساس الخطأ الجنائي، ففي قرار لمحكمة جنح الأزبكية يوم 1969/6/26 جاء فيه ما يلي:

(من المتفق عليه في الآونة الأخيرة فقهاً وقضاءً أن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقيق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء أكان خطأً فنياً أم غير فني، جسيماً أم يسيراً، فقانون العقوبات لا يوجد بين مواده نص يحيط الأطباء بسياج تشريعي خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها، ذلك أن فكرة التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني وبين الخطأ الفني اليسير والخطأ الفني الجسيم وهي أصلاً من صنع قضاء القانون المدني، قد وجد صداها لدى علماء القانون الجنائي حيناً من الدهر، فاسترشدوا بها في تأصيل مبدأ الخطأ في المسؤولية واستفادوا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، مع أن القضاء كان قد نبذ في

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، جـ2، ص585 ـ 597.
حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ص5.
الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، ص5.
TRANCOIS CHABAS ،RESPONSABILITR CIVIL ET.
RESPONSABILITR PENALE. PARIS. 1975. OO.17 ،20.

(2) انظر القرار كاملاً وتعليق الأستاذ (F.CHABAS) في المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، العدد الخامس، 1987، ص509.
وانظر بحثاً حديثاً عن الفقه الفرنسي حول (مبدأ وحدة الخطأين) وعكس هذا ينادي البعض باختلاف طبيعة كل نوع من أنواع الخطأ، ص501.

ذلك الوقت التفرقة بين الخطأ في المسائل المدنية والخطأ في المسائل الجنائية آخذاً بمبدأ وحدة الخطأ فيهما)[1].

إن الخطأ الطبي من جراح التجميل يصيب الجسم بالضرر وإن أخطر الجرائم التي تصيب الإنسان في بدنه هي تلك التي تسبب له الموت (الضرر الجسدي المميت).

وتختلف العقوبة باختلاف ما إذا كان القتل عمداً أي مقترناً بنية القتل أو غير عمد أي ناتج عن إهمال (القتل الخطأ)، وهذه الأفعال (العمدية وغير العمدية) يمكن أن توجد حتى في الضرر الجسدي غير المميت[2].

وطبيب التجميل قد يسند إليه جريمة الجرح Blessure وهي من جرائم الإيذاء؛[3] لأنها تمس سلامة الكيان البدني للإنسان سواء أكان ظاهرياً أم داخلياً. أو أن يسند له جريمة إعطاء مواد ضارة تؤدي إلى اضطراب في جسم الإنسان كحقن المريض بمواد كيماوية طبية في حلمتي ثديها بهدف تجميل شكلها فتصاب بالأذى البدني. ويقول الأستاذ لوفايسر Le Vasseur إن مجرد واقعة التأثير الشديد على المجني عليه بدرجة أنه يسبب له اضطراباً طبيعياً يعتبر اعتداء على سلامته الجسمية [4].

أما إذا ترتبت عاهة مستديمة أو ترتب بتر عضو من أعضاء المجني عليه أو وجود تشويه كبير في جسم المريض بتعطيله عن العمل فترة معينة، فإن الطبيب يكون

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، جـ2، ص395 ـ 396.

وفي هذا المعنى انظر: د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، ص248 ـ 249.

وجاء في قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت/الغرفة الثالثة/في 1965/1/18 ما يلي:

(وحيث إنه لا محل، في مجال الخطأ الطبي، للتفريق بين خطأ جسيم وخطأ يسير لترتيب تبعة على الطبيب... فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن ليأتيه طبيب من أوسط زملائه في مهنته أو فرعه.

ولم يكن له أن يقصر به عن مراعاة الأصول المستقرة في فنه حتى تتحقق تبعته وإن كان خطأه بوصفه أو أثره محدوداً...).

(2) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، جـ3، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بغداد، 1976، ص33 ـ 34.

(3) حميد السعدي، ص287.

(4) مشار إليه في مؤلف د. حميد السعدي، المرجع السابق، ص290.

مسؤولاً عن الخطأ، إذ جاء في المادة (412) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل ما يلي:

(1- من اعتدى عمداً على آخر بالجرح أو بالضرب أو بالضعف أو بإعطاء مادة ضارة بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة. وتتوفر العاهة المستديمة إذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل إحدى الحواس كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشويه جسيم لا يوحي زواله أو خطر حال على الحياة.

2- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس إذا نشأت عن الفعل عاهة مستديمة دون أن يقصد الجاني إحداثها)[1].

أما عن صور الخطأ بوجه عام في القانون العقابي الفرنسي وفقاً لنص المادة (319) التي تترتب على كل منها المسؤولية الجنائية فهي:

---

(1) قارن ما نص عليه قانون العقوبات رقم 15 لسنة 1976 لدولة البحرين في المادة (337) التي نصت: (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين من أحدث بغيره عمداً عاهة مستديمة، وإذا توافر أحد الظروف المبينة في الفقرة الثانية من المادة (333) عد ذلك ظرفاً مشدداً، وتتوافر العاهة المستديمة إذا أدت الإصابة إلى قطع او انفصال عضو أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو تعطيل وظيفة إحدى الحواس تعطيلاً كلياً أو جزئياً بصورة دائمة. ويعتبر في حكم العاهة كل تشويه جسيم لا يحتمل زواله).
وقارن كذلك ما نصت عليه المادة (338) والمادة (339) التي حددت العجز عن العمل بـ(20) يوماً.
وانظر الحكم الصادر في الاستئنافين رقمي 462 و1988/467 جلسة يوم 1989/2/26 (محكمة استئناف أبو ظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة) المنشور في مجلة العدالة 1989، ص99 وما بعدها وجاء في المبدأ القانوني ما يلي:
أنه يشترط لقيام جريمة المساس بجسم الغير بإهمال توافر أركان ثلاثة: أولها هو ثبوت الإهمال في الجانب الجنائي وثانيها هو تحقيق الضرر الحاصل بالمصاب وثالثها هو قيام رابطة سببية مباشرة أو غير مباشرة بين الخطأ والضرر. وركن الخطأ من الأركان العامة في الجرائم غير العمدية وبانعدامه لا يسأل الفاعل والخطأ هو أن لا يتخذ الفاعل في سلوكه الاحتياط الكافي الذي يجب على الشخص الحريص المتبصر اتخاذه لمنع ما يمس أن يترتب على سلوكه هذا من نتائج ضارة بالغير، فيوجد الخطأ كلما ترتب على فعل أو ترك إرادي نتائج لم يردها الفاعل ولا بطريق غير مباشر ولكنه في وسعه تجنبها.
ثم جاء في المبدأ القانوني... ويكون الطبيب مسؤولاً جنائياً عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التي أحدثها عن خطأ أو عمد ولو كانت عن طريق غير مباشر كالتراخي في العلاج أو الإهمال فيه ما لم يثبت أنه كان متعمداً من قبل المجني عليه لتجسيم المسؤولية وتقدير الخطأ الطبي يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي والمعيار الذي يؤخذ به جسماً انتهى إليه الفقه والقضاء المقارنان هو معيار الشخص المعتاد أي الشخص الذي يلتزم في تصرفاته قدراً متوسطاً من الحيطة والحذر... فالمناط إذاً في مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني أن يثبت بصفة أكيدة وواضحة أنه خالف في سلوكه عن جهل وتهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعد الأساسية التي لا مجال فيها للجدل أو الخلاف.

1. عدم الحذق أو الدراية والمهارة.
2. التقصير.
3. عدم الانتباه.
4. الإهمال.
5. عدم مراعاة واتباع الأنظمة وقد اقتبسها المشرع العراقي وأطلق عليها التسميات التالية: الإهمال، الرعونة، عدم الانتباه، عدم الاحتياط، عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر[1].

فالطبيب مسؤول جنائياً إذا لم يتقن قواعد الفن الطبي التجميلي فلو مارس الطبيب عمله دون أن يكون متمكناً بذلك ولحق المريض الضرر، فإن المسؤولية القانونية تنهض عليه، كما يكون الطبيب التجميلي مسؤولاً جنائياً عن تقصيره وتقصير مساعديه كما لو لم يحترز أو يحتاط المساعد وتحترق قطعة الشاش المبللة بالكحول وتسبب حروقاً أو جرحاً للمريض، ويكون الطبيب التجميلي مسؤولاً عن إهماله وعدم انتباهه لو وضع كيس من الماء الحار لتدفئة المريض المخدر، فيسبب له حروقاً في جسده ويكون طبيب التجميل مسؤولاً إذا لم يراع القوانين والأنظمة واللوائح الخاصة بالمهنة كقانون نقابة الأطباء وتعليمات السلوك المهني أو غيرها كما لو كان القانون يحرم التعقيم الطبي فيقوم بالتعقيم ويؤدي إلى العجز الجنسي أو فقدان القدرة الجنسية الكلية مع تشويه في الذكر[2].

---

(1) د. حميد السعدي، جـ3، ص400.
وانظر الدكتور عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981، ص159.
عادل عبد إبراهيم، الأطروحة المشار إليها، ص210.

(2) نصت المادة (303) من قانون العقوبات الفرنسي أنه إذا تعمد الجاني قطع عضو التناسل فيعتبر فعله مكوناً لعمل بربري فظيع وحشي ويقتضي الحكم عليه بالإعدام ويقترح الدكتور حميد السعدي، جـ3، ص326، أن يقتبسه المشرع العراقي من القانون العقابي.

وقد لاحظ البعض أن المسؤولية الجنائية على الطبيب تنهض إذا لم يكن مختصاً في جراحة التجميل أولاً يحمل رخصة قانونية في مهنة الطب، إذ إن المادة (1/38) من قانون مزاولة مهنة الطب الكويتي لعام 1981 تعاقب جزائياً على ممارسة الأعمال الطبية دون إجازة[1].

كما نصت المادة (33) من قانون نقابة الأطباء رقم 81 لسنة 1984 في العراق على ما يلي: (كل من مارس مهنة الطب أو حاول ممارستها أو انتحل صفة أو لقب أو علاقة تدل على أنه مرخص بممارسة مهنة الطب من غير سابق تسجيل أو إجازة بموجب أحكام هذا القانون والقوانين الأخرى ولا تتوفر فيه شروط التسجيل والإجازة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتيهما).

وفي هذا السياق فإن المسؤولية الجنائية على طبيب التجميل تقوم إذا أفشى سر المرض أو أعطى تقريراً كاذباً أو صرف مواد مخدرة للمريض إلا أن الطبيب لا يسأل جنائياً عن أفعال مساعديه الذين خالفوا أوامره فلو أهملت ممرضة في إعطاء الدواء ومات المريض فإنها هي التي تكون مسؤولة عن خطئها الشخصي وتسأل عن جريمة القتل الخطأ لأن في ذلك قطعاً للسببية (خطأ الغير) فلا يسأل الأطباء عن أفعال معاونيهم إذا قام هؤلاء بمبادرة منهم إلا أنهم يسألون عنها إذا أمروا بها ولم يكن لأعوانهم حق مناقشتهم إذ شبه العميد (سافاتيه) كقائد السفينة يقود الفريق العامل حوله إلا من كان منهم مستقلاً في عمله، ولو كان يقوم بعمل ضروري للعملية مثل الطبيب المخدر[2].

---

(1) الدكتور عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1981، ص145.

(2) ومن الطبيعي أن مسؤولية المخدر مستقلة من مسؤولية الطبيب وهو ما استقرت عليه محكمة باريس وما اتجهت إليه في حكمها الصادر في 1971/6/1.

فلو قام الطبيب المخدر بتزويد المريض كمية من المخدر أكثر من يتحمله الجسم الإنساني ودخل المريض في غيبوبة طويلة فارق الحياة على أثرها كان مسؤولاً عن خطئه الجسيم جنائياً ومدنياً. ونشير هنا إلى حصول عشرات القضايا في العيادات والمستشفيات في أوروبا والدول العربية يدخل المريض في غيبوبة طويلة ثم يموت بسبب عملية التخدير.

=

انظر د. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، ص169. ولاحظ ما نصت عليه المادة (437) من قانون العقوبات العراقي حول إفشاء السر وحالات الالتزام بالمحافظة عليه وحالات وجوب الإفشاء.

المبحث الثالث

حكم الجراحة التجميلية في تعليمات السلوك المهني

يمكن القول إن أولى عمليات الجراحة البلاستيكية وجراحة التجميل في العراق دخلت عام 1953، حين مارسها بعض الأطباء حتى قبل صدور تعليمات السلوك المهني. ويذكر البعض بأنه لم تقع أية مشكلات بين المعالجين لأنها وجدت لإزالة الأضرار وآثارها سواء بفعل التشوهات الولادية أم بفعل الحوادث، إذ لا يمكن أن يزاولها الطبيب المختص بالطب التجميلي وإذا ما حصلت عمليات التجميل من أطباء غير متخصصين فنياً فإن وقوع الأضرار مسألة محتملة جداً[1].

وإذا أجراها طبيب ليس مختصاً بالتجميل نهضت المسؤولية الطبية واستحق المتضرر التعويض عن الأضرار التي لحقت به. وتنهض مسؤولية طبيب وجراح التجميل إذا ارتكب إخلال بالالتزام القانون بالامتناع عن القيام بعمل إذا أفشى السر الطبي وعلى هذا الواجب نصت تعليمات السلوك المهني[2] إلا إذا رضي المريض بهذا الإفشاء بالنسبة للأسرار التي اطلع عليها الطبيب بحكم مهنته، ولكن قد يوجب المشرع على الطبيب إفشاء السر تنفيذاً لنص المادة (437) من قانون العقوبات على نحو ما تقدم[3].

---

(1) الدكتور عصام العمري، إجابات خطية. وذكر بأنه هو أول من ادخل هذه الأعمال الطبية التجميلية في العراق منذ عام 1953 على المشوهين ولادياً أو ممن يعانون من السفلس أو حبة بغداد والسرطانات والالتصاقات الواسعة من الحروق وتشوهات الأيدي والأقدام وهيكل الوجه ثم شكلت في كلية طب بغداد عام 1968 أول وحدة للجراحة البلاستيكية.

وانظر علي الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، بغداد، 1988، ص85.

(2) ص16.

(3) أوردت تعليمات السلوك المهني لعام 1985 مبررات إفشاء السر الطبي وهي:

1. في التبليغ عن الولادة. 2. في شهادة الوفاة. 3. في الأمراض العقلية لغرض الحجز في المستشفى. 4. الأمراض المعدية. 5. الأمراض المهنية. 6. في إصابات العمل. 7. في الوقائع الجنائية. 8. في وقائع التأمين على الحياة (من قبل طبيب الشركة).

=

ولقد نصت تعليمات السلوك المهني في العراق لعام 1985، في مجال جراحة التجميل على ما يلي: (يقصد بالاختصاص حصول الطبيب على معرفة خاصة وجدارة وحذق في فرع من فروع الطب يمنح بموجبها لقب الاختصاص في الفرع الذي اختص فيه، أن ما منحته شهادة التخرج للطبيب العادي من حق الممارسة العامة في نطاق واسع لتلزمه بنفس الوقت بعدم تجاوز حدود اقتداره في ممارسة عمل من الأعمال الطبية التي لم يألف ممارسته ويتطلب مهارة خاصة تدخل في نطاق الاختصاص وإلا فيكون مسؤولاً عن النتائج السيئة التي تترتب على تدخله غير المناسب إلا في حالات الضرورة القصوى التي تفرضها استحالة الاستعانة بالاختصاص كما في وجوده في مكان ناء أو في مواجهته لواقعه طارئة مستعجلة يعد الاختصاصي خليع في موضوعه وبالنظر لذلك فإن ما يغفره القانون للممارس العام لا يغفره للطبيب الاختصاصي).

نستنتج من هذه الفقرة ما يلي:

1. أن المسؤولية الطبية عن الخطأ الطبي في جراحة التجميل تنهض على الطبيب إذا مارسها طبيب غير مختص. وهذا هو المبدأ العام ويبدو أنها قاعدة متعارف عليها علمياً وطبياً. إذ لا يجوز للاختصاصي في القلب ضمن السير العادي أو المألوف للأمور أن يقوم بجراحة تجميلية في الوجه.
2. إن على الطبيب - مهما كان اختصاصه - أن لا يجاوز حدود قدرته العلمية ومكانته الثقافية وخبراته المكتسبة لأن سلامة الحياة والجسد للإنسان مسألة لا يستهان بها ولأن جسد الإنسان ليس حقلاً للتجربة الطبية.

3. إن حالة الضرورة التي تتمثل في استحالة الاستعانة بالاختصاص تعفي الطبيب من المسؤولية المدنية عند حصول الضرر للمريض. كما لو كان الطبيب في منطقة نائية (قضاء أو قرية أو مستوصف) وهو أمام حالة طارئة تستوجب العلاج.
4. إن المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب الاختصاص أكبر من حيث حجم التعويض عن خطئه الجسيم قياساً إلى المسؤولية عن الضرر الذي يرتكبه الممارس العام، فطبيب الاختصاص يفترض أن يكون على دراية أكبر وثقافة جيدة وعلم أوسع.

وفيما يخص السند القانوني لممارسة جراحة التجميل في العراق، فيرى البعض[1]، أنها تمارس حسب الأسلوب البريطاني وتعترف به كلية الجراحين الملكية البريطانية ومجمع الجراحين البلاستيكيين البريطاني وإن موضوع جراحة التجميل يدخل في صلب الدراسات الطبية كضرورة معاصرة لا مناص منها سواء في شهادة التخرج في الكلية الطبية أو الشهادات العليا ويضمها البورد العربي وشهادة F.R.C.S البريطانية التي يعتمدها العراق كمسطرة وتمارس حسب القوانين السائدة في العراق بمسار أكاديمي تحدده الجامعات العراقية وبمسار فني اختصاصي تحدده وزارة الصحة وحسب تعليمات السلوك المهني لعام 1985.

ولعل من بين أهم عمليات الجراحة التجميلية (البلاستيكية) هي[2]:

أولاً: العمليات الخاصة ـ كفك الالتصاق بفعل الحروق وزراعة العظام في الأنف وشد الوجه وتصغير وتكبير الثديين للنساء وإزالة الشحم وتبديل الجنس وغيرها.

---

(1) الدكتور عصام العمري، إجابات خطية على أسئلة حول الموضوع.
(2) الوقائع العراقية، عدد 3052 في 1985/7/1، جدول رقم 9، س462.

ثانياً: العمليات فوق الكبرى ـ كبناء الشفة والتشوهات الولادية واستئصال الأورام الخبيثة وتحويل فروة الرأس ورفع الشامات وتجميل الأنف وغيرها.

ثالثاً: العمليات الكبرى ـ كالترقيع لمنطقة صغيرة وبرادة الجلد ورفع الثدي عند الرجل لحالات غير سرطانية وغيرها.

رابعا: العمليات المتوسطة ـ كتجميد أورام دموية ورفع أورام بسيطة.

خامساً: العمليات الصغرى ـ كرفع الخيوط تحت المخدر العمومي والعمليات الجراحية البسيطة.

على أن جراح التجميل دائماً يكون محل استشارة الجهات الرسمية كشركة التأمين في العراق لمعرفة مدى إمكان إزالة أو تقليل العوق أو العجز أو التشوهات الناشئة عن الحوادث وخاصة حوادث السيارات لتأثير ذلك على مبلغ التعويض المدني.

ويرى الدكتور العمري أن تسمية جراحة التجميل ليست دقيقة لأنها ناقصة والصحيح أن يقال (جراحة التقويم أو الجراحة البلاستيكية) ويدخل ضمنها (جراحة التجميل الصرف). ففي الجراحة البلاستيكية يتم إصلاح التشوهات والعطلات والأضرار الواقعة بفعل الحروق والكوارث الطبيعية أو حوادث السيارات والمصانع والغرض فيها إعادة وظائف الأعضاء التالفة أو إعادة بناء الأجزاء المفقودة بنقل وزرع الأنسجة وإعادة تشكيلها ولاسيما في حالة الأمراض السرطانية.

أما جراحة التجميل الصرفة فهي جزء من الجراحة البلاستيكية وهي تتم بهدف الظهور بالمظهر الجمالي اللائق اجتماعياً ويعود ظهورها إلى الثلاثينيات بهدف رشاقة الجسم وجمال الوجه جرت أولاً في فرنسا وألمانيا وبشكل أوسع في (هوليود) مدينة السينما لإظهار الممثلين بمظهر أجمل في الأفلام كما كثرت عمليات تجميل الأنف

نتيجة لوصول أعداد من اليهود النازحين من ألمانيا من أصحاب الأنوف المعقوفة لتسهيل اندماجهم في المجتمع مع الشعب الأمريكي وجرت في شيكاغو بفعل معارك العصابات.

الفصل الثالث

التطبيقات القضائية للمسؤولية الطبية عن جراحة التجميل

لما كانت عمليات الطب التجميلي جرت أولاً في الدول الأجنبية، في فرنسا وألمانيا وأمريكا وغيرها، فإن من البديهي أن تقع عشرات المشكلات القانونية في مجال الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية. كما أن القضاء العربي، لا سيما مصر والكويت ليس فقيراً في تطبيقاته عن هذا الموضوع. لذلك فقد وجدنا من المناسب تقسيم الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: أحكام القضاء الأجنبي.

المبحث الثاني: أحكام القضاء العربي.

المبحث الأول
أحكام القضاء الأجنبي

للقضاء الفرنسي باع طويل في تحديد الموقف من جراحة التجميل وهو لم يتحدد فجأة وإنما كان هذا القضاء ينظر أولاً للأعمال الطبية التجميلية بالسخط والشك فبينما كان يقرر أن رضى المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل العلاجي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال التجميلية عند حدوث نتائج ضارة حتى ولو أجري العلاج التجميلي طبقاً لأصول الفن الطبي بل حتى (ولو لم يرتكب أي خطأ في العلاج)[1].

وفي هذا تبنٍ واضح لموقف الاتجاه الرافض لجراحة التجميل وهو الاتجاه القديم في النظرة للأعمال الطبية التجميلية، إذ كان هذا القضاء يلقي على الطبيب التزاماً ضمنياً (بضمان نجاح العملية)[2]، وهو يعني من جهة أخرى أن الالتزام هنا إنما هو التزام بتحقيق نتيجة.

وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة باريس في 1913/1/23[3]، بمسؤولية طبيب التجميل رغم عدم ارتكابه خطأ طبياً وقيامه بمراعاة أصول الفن والعلاج، إذ تتلخص القضية في أن طبيباً فرنسياً قام بتعريض فتاة لأشعة (روتنجن) بهدف إزالة الشعر من ذقنها فتسبب في إصابة جسدها بحروق ظاهرة على وجهها فانتدبت المحكمة خبيراً

---

(1) د. حسن الإبراشي، ص292.
د. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، ص162 و73. الجوهري، ص232.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص33.
(2) الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، ص52، نبذة 81.
(3) القرار منشور في مؤلف الإبراشي، ص293.
وانظر د.عبد السلام التونجي، ص397.

لفحص المصابة للتعرف على مدى الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب الذي قرر أنه لم يقع منه خطأ إطلاقاً وأنه كان قد راعى أصول الفن والعلاج الطبي المتيسر آنذاك، وأن النتيجة السيئة التي وقعت لأمور لم يمكن التنبؤ بها مسبقاً.

إلا أن المحكمة قضت على الطبيب بالمسؤولية وحكمت عليه بالتعويض ومقداره خمسة آلاف فرنك مستندة في ذلك على أن الطبيب ارتكب نوعاً من الرعونة التي يجب أن يسأل عنها كل إنسان لأنه استخدم علاجاً خطيراً لا يتناسب مع هذا المرض البسيط، أي إلى عدم الموازنة بين المخاطر والمزايا من العلاج.

على أن اللحية أو الشعر الموجود في ذقن الشابة وإن كان يسبب لها المتاعب في حياتها العامة ويؤثر على جمالها ونضارتها وأنوثتها إلا أن وجوده لا علاقة له بصحتها العامة وأن النسبة المعدومة بين مسألة وجود الشعر والنتيجة المتحققة والتي كان يمكن تحقيقها بواسطة حلاق بسيط.

غير أن هذا الحكم لم يلق قبولاً من رجال الطب والقانون ومرجع ذلك القاعدة التي تقضي (أن ليس للقاضي أن يتدخل في صميم عمل الطبيب) بينما ذهب البعض إلى اعتبار الحكم المذكور تطبيقاً سليماً لقاعدة وضع العقاب على الرعونة والمجازفة[1].

ومن الطبيعي أن يوجد التناسب بين نوع العمل الطبي التجميلي ومخاطر الوسيلة المستخدمة، فإذا كان العيب بسيطاً كالإصبع الزائد أو الورم غير الخبيث المخفي أو غيره، فإنه يلزم اللجوء إلى وسيلة علاجية ليست خطيرة على الشخص، فلو كانت الفتاة مثلاً تعاني من اضطرابات نفسية سيئة وإن بقاء الشعر في ذقنها قد يدفعها إلى الانتحار مثلاً فإن الطبيب يكون غير مسؤول عما استخدمه من وسيلة.

(1) الإبراشي، المرجع السابق، ص 294.



لهذا فإن محكمة النقض الفرنسية لم تثبت لديها وجود مثل هذه الاضطرابات عند الفتاة واعتبرت عمله (من أعمال الرعونة لأنه يستبدل عيباً جسدياً بسيطاً بضرر حقيقي)، وقد قضت كذلك محكمة (ليون) على طبيب لأنه تسبب في حدوث ندوب وجروح في نهدي امرأة عجوز في محاولته لإجراء عملية شد لجلدها، وقد أيد الحكم في قضية مماثلة من محكمة النقض الفرنسية عام 1920[1].

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس ام 1960 إلى عدم تعويض إحدى راقصات التعري أصيب بندبة في أسفل بطنها إثر جراحة تجميلية لا تتاح الفرصة عادة لإظهارها في الحياة العادية خلافاً لما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن الندبة على جسد الراقصة تقلل من إقبال الجمهور على مشاهدة جسدها العاري[2].

ولا شك أن هذا الضرر الجمالي هو محل خلاف من الناحيتين الفقهية والقضائية، ذلك أن الراقصة التي تعري جسدها لإمتاع المشاهدين في الكازينو أو نادي أو ملهى ليلي يدخل ضمن أصول العمل الفني ولا علاقة له بالنظام العام والآداب العامة لأن محل العقد ينصب على العمل الفني وهو (الرقص) مع تعرية الجسد، على رأي القائلين بجواز التعويض.

إلا أن هذا الموقف لم يستقر إذ لا يجوز افتراض الخطأ لم ينص عليه المشرع، ولهذا تبدل هذا الموقف فأخضع القضاء الفرنسي الجراحة التجميلية للقواعد التي تخضع لها الجراحة العلاجية، فاشترط القضاء أولاً أن تكون هناك علة تبرر المساس

---

(1) الإبراشي، ص294.

(2) د. يوسف نجم جبران، ص263، نبذة 450.

لاحظ كذلك ما ذكره د. حسن ذنون، المسؤولية الطبية، ص58.

حيث ورد حكم المحكمة معلقاً بأن إقدام الطبيب على إجراء عملية تنطوي على شيء من الخطورة دون أن يكون هناك ضرورة تحتمها ولا يكون الغرض منها سوى تحسين مظهر قوام الزبونة أو ينطوي على خطأ في حد ذاته وبمجرد فشل العملية فكأن المحكمة اعتبرت التزام الطبيب التزاماً بغاية وعلى فكرة تحمل التبعة.

بحرمة الجسد الإنساني وثانياً أن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من العمل الطبي التجميلي[1].

كما يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي كان ينظر لجراحة التجميل مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء ومن ثم كانت روحه إزاءها مشبعة لا بالشك والريبة فحسب، بل بالسخط والكراهية أيضاً، إلا أن هذه الفكرة تبدلت حين وضعت قواعد العمل الجراحي التجميلي وأنقذت هذه الجراحة من ذلك العداء المستحكم الذي نصبه القضاء الفرنسي لها[2].

وفي قضية أخرى حكمة محكمة السين عام 1929 على طبيب التجميل عن الخطأ الذي ارتكبه وأثار جدالاً بين رجال الطب والقانون[3]، خلاصته أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى فاستشارت طبيباً مختصاً في الغدد وحذرها من العلاج الطبي، إلا أنه أرسلها إلى طبيب جراح (دكتور دوجارييه) مع كلمة توصية فقام الأخير بفحصها وإدخالها للمستشفى مجرياً لها عملية في ساقها فأصيبت بالتسمم (الغرغرينا) انتهت بقطع الساق وحكمت المحكمة بالتعويض على الطبيب مؤسسة حكمها أن مجرد إجراء عملية ذات خطورة جدية على عضو سليم لمجرد تحسينه هو خطأ في حد ذاته سيما وأن المريضة في حالة صحية جيدة.

ويقول (كورن برويست) بأن هذا العيب الذي كانت تعاني منه الفتاة لم يكن له أهمية وقت صدور الحكم لأنه كان زمن الفساتين الطويلة ولن يمكن أن يكون

(1) الجوهري، المرجع السابق، ص223.
د. محمد حسنين، المسؤولية الطبية، ص73.
(2) الإبراشي، ص293 ـ 295.
عبد السلام التونجي، ص397.
د. محمد حسنين، ص73.
(3) الإبراشي، ص294.

لهذا العيب أهمية في عصرنا حيث تتنافس النساء بنشاط ومهارة على ارتداء الفساتين القصيرة[1].

ولقد حاول الطبيب دفع المسؤولية عنه بأنه اضطر إلى القيام بالعملية تحت ضغط المدعية التي انتابها اليأس جراء تردده في إجراء العملية إلا أنه لم يفلح لأن المحكمة ردت دفعه بأن كان من الواجب عليه إحالة الأمر إلى أخصائي في الأمراض النفسية وتأجيل العملية لفترة أخرى.

إلا أن الفقه الفرنسي (ومنهم الفقيه فينيه) اعترض قائلاً بأن مثل هذا الرد تدخل من المحكمة في عمل الطبيب الذي يلزم تركه لتقدير كل حالة حسب ظروفها، كما اعترض على الحكم (نقابة محامي تولوز) وتدخلت كذلك نقابة الأطباء لرفع المسؤولية عن الطبيب.

ونشير هنا إلى أن محكمة استئناف باريس لم تؤيد اتجاه محكمة السين هذا وذهبت إلى القول بأن تطبيق المادتين 1382 و1383[2]، من القانون المدني الفرنسي يكون معلقاً دائماً على إثبات الخطأ وليس ثمة داع للبحث عن الغرض المنشود من العملية، إلا أنها اعتبرت أن الطبيب أجرى العملية بسرعة لا مبرر لها وختمت المحكمة قولها برفض تدخل نقابة الأطباء لعدم الصفة لأن موضوع الدعوى لا يخص المساس بحرية العمل الجراحي[3].

---

(1) الرأي المنشور في رسالة عبد الرحمن الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهينة، 1976، ص387ـ 388.

(2) نصت المادة 1382 على ما يلي: (كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه).

Code civil – 1987 Art. 1382.

والمادة 1383 الخاصة بالإهمال وعدم التبصر قد عدلت عام 1987، ووضع التعديل عام 1988 اعتباراً من شهر أكتوبر على نحو ما تقدم.

(3) الإبراشي، ص295ـ 296. الطحان، ص389.

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء لم يقرر فيها مسؤولية الطبيب لعدم وجود الخطأ من جانبه، فقد عرضت على محكمة ليون عام 1936 قضية خلاصتها أن طبيباً للأشعة حاول إزالة الشعر الزائد عن ساقي سيدة فأصيبت بتقصف في جلدها ورفعت دعوى بطلب التعويض فقامت بتعيين خبير وقالت إنه مع التسليم أن الشعر المذكور ليس عادياً وكان كثيفاً إلا أنه ليس بمرض وإنما مجرد تشويه وإن الحالة التي أصيبت بها السيدة كان يمكن للطبيب أن يتوقعها وأن عدم التناسب بين الضرر والوسيلة كان واضحاً.

إلا أن الطبيب استأنف الحكم وأيدت عدم التناسب سالف الذكر لكنها قالت يجب النظر في كل قضية على حدة وأنه (ليس للمحكمة أن تفترض وجود المسؤولية لمجرد إجراء عملية التجميل) وإن الألم النفسي لا يقل عن الألم الجسدي للشخص وجاء تقرير الخبراء لصالح الطبيب وأصدرت محكمة الاستئناف حكماً جاء فيه:

(إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة الأشعة وإن لم يقع منه تقصير في العلاج، لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة حتى ثبت أنه لم يكن هناك عدم التناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج بالأشعة)[1].

ومع ذلك فإن المحاكم الفرنسية تتشدد في تقديرها لخطأ الجراح في عمليات التجميل كالتوسع في تحديد مفهوم الخطأ الفني واشتراط أن يستخدم طريقة علاجية تقف عليها وليست محلاً للتجارب[2]. بل إن بعضاً من المحاكم ذهبت إلى حد استعمال لغة تقترب من إلزام الطبيب بتحقيق نتيجة[3].

(1) الإبراشي، ص296.

(2) PH.LE Tourneau. La Chiurige estheieu la jud, 1974.

مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد حسنين، ص74.

(3) د. محمد حسنين، المسؤولية الطبية، ص74.

وإلى هذا ذهبت محكمة باريس عام 1974 قائلة بأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل نظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل ولم يتم تحذير المريض منها[1].

وفي قضية عرضت على محكمة باريس عام 1972 أدانت فيها المحكمة الطبيب رغم قيامه بالجهود واليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في مثل هذه العمليات[2].

بناء عليه، فإن جراحة التجميل تختلف عن العمليات الجراحية الأخرى في أنها ـ في غالب الأحيان ـ لا حاجة للعجلة في إجراء عملية التجميل وإنما يلزم على الطبيب أن يكون متخصصاً ودقيقاً في فحوصه ومتأنياً في عمله وأن يدرس حالات الموازنة بين مخاطر إجراء العملية والمنافع المرجوة منها قبل الإقدام عليها، بينما لا يكون الأمر كذلك عادة في العمليات الجراحية كما في حالة الزائدة الدودية أو في التسمم الغذائي أو في القرحة أو في النوبة القلبية أو غيرها مما يلزم التدخل العلاجي السريع لإنقاذ حياة المريض.

وفي قرار حديث صدر عن محكمة النقض الفرنسية حددت فيه مفهوم الخطأ في المسؤولية الطبية في هذا النواع الثاني في قضية عرضت عليها مفادها أن أحد المرضى وقع ضحية لمضاعفات نتيجة إجراء عملية للنداء الهاتفي الذي وجه إليه في نهاية الأمسية لا يشكل خطأ نظراً لكون طبيب التخدير في المستشفى تدخل لتقديم الإسعافات الضرورية للمريض، فإن ما ينص به على المحكمة لرفضها الإقرار بأن الخطأ المزعوم ارتكابه من قبل الجراح كان قد تسبب في وفاة المريض أو على الأقل حرمانه من

(1) د. محمد حسنين، المسؤولية الطبية، ص74.
(2) د. محمد حسنين، ص75.

فرص النجاة ولقيامهما بعكس عبء إثبات وجود فرص للمريض في النجاة يكون غير ذي تأثير[1].

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي تبنى موقف الأستاذ جوسران منذ عام 1936 واعتبر مسؤولية الطبيب ناشئة عن الإخلال بالعقد، ففي 1936/5/20 أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض قرارها الشهير في قضية السيدة (م) التي كانت تشكو من حساسية في الأنف فراجعت أحد الأطباء المختص بالأشعة عام 1925 وعالجها بأشعة إكس، فأدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة، ورفع زوجها نيابة عنها دعوى عام 1929، أي بعد مرور أكثر من 3 سنوات على توقف العلاج وقد طالب فيها من الطبيب دفع تعويض عما لحق زوجته من ضرر، فأصدرت محكمة استئناف إكس A,X في 1931/7/16، حكماً تضمن فيه برد دفع الطبيب المدعى عليه الذي دفع بسقوط الدعوى بالتقادم وحكمت عليه بالتعويض قائلة في حكمها: إن الدفع بالتقادم طبقاً لنص المادة (638) من أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى (مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد) سبق إبرامه بين الطبيب المدعى عليه وبين مريضته (السيدة م) يلتزم الطبيب بموجبه ببذل عناية (دقيقة ومستقرة ومعينة).

أما محكمة النقض، فقد أيدت الدائرة المدنية هذا الحكم وقالت:

(إن بين الطبيب والمريض عقداً حقيقياً إن لم يكن يلزم الطبيب بشفاء مريضه فإنه يلزمه على الأقل بأن يقدم له عناية خاصة تتسم بالدقة وشدة اليقظة وأن تكون

---

(1) نقض، الغرفة المدنية الأولى، 1986/2/4 في قضية GARCIA ضد GRAVIE القضية منشورة في:
GAZET DU PALAIS – RCUEIL BIMESTRIL NO. 3 106e année. Mai-Juin 1986. P.90.

هـذه العنايـة منـسجمة مـع معطيـات العلـم وقواعـده ومتفقـة معهـا). ثـم سـارت المحـاكم الفرنسية على هذا النهج وحذت حذو القرار المذكور[1].

إن القضاء الفرنسي لم يغفل مبدأ وجوب أخذ رضى المريض مسبقاً في إجراء العلاج الطبي سواء في جراحة التجميل أم في الجراحة العلاجية الأخرى وهو التزام على الطبيب. وقد أصدرت محكمة استئناف (دواى) في 1946/7/10 حكماً في قضية تتلخص وقائعها أن السيد (س) راجع أحد الأطباء في مدينة (ليل) لأنه كان يشكو من تورم طفيف في الثلث الأعلى من ذراعه اليسرى وبعد الفحص شخص الطبيب المرض بأنه (تورم عضلي عادي) يضغط على أعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يشكو منه المريض.

قام الطبيب بتوجيه النصح والإرشاد لمريضه بإجراء العملية لأنها بسيطة مؤكداً له نجاحها فوافق المريض على ذلك، وعند قيامه باستئصال الورم تبين له أن الورم ليس ورماً عادياً وإنما ورم خبيث (سرطان) فقام باستئصاله فوراً ودون إشعار المريض أو حصول موافقته، وبعد يوم واحد أفاق من المخدر عرف حقيقة الأمر وعلم أن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة فاشتد به الغضب ولجأ إلى القضاء مطالباً بتعويضه عن الضرر.

وعند عرض النزاع أمام محكمة الاستئناف المذكورة، قضت بأن على الطبيب أن يحصل على رضى المريض قبل إجراء العملية وأن هذا الالتزام التزام تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته وإن كان على الطبيب أن يخطر مريضه بحقيقة ما

---

(1) القرار منشور في محاضرات الدكتور حسن الذنون، ص21، نبذة 32.

وهنا يعلق الدكتور ذنون قائلاً: إن عقد العلاج الطبي على الاعتبار الشخصي هو الأصل بين المريض والطبيب.

ونحن بدورنا نؤيد رأي أستاذنا الفاضل الذنون ونقول بأن عقد العلاج الطبي إذا كان يقوم على الاعتبار الشخصي من جهة الطبيب الذي يلزم أن تتوافر فيه بعض الصفات لولاها لما تعاقد معه المريض، وإن ما يترتب على ذلك عدم إمكانية اللجوء إلى الإكراه المالي أو البندي كوسيلة ضغط على إرادة المدين لتنفيذ الالتزام العقدي لأنه يتعارض مع حريته الشخصية وإنما يصار إلى الحكم بالتعويض على إخلال الطبيب بالتزامه العقدي.

تنطوي عليه العملية من مخاطر لا سيما إذا كانت هذه المخاطر تصل إلى حد فقدان أو تعطيل عضو من أعضاء جسم المريض، ولهذا فإن الطبيب يعد مخطئاً في ذلك[1].

وفي مجال ضرورة توافر التخصص الدقيق لجراح التجميل وإجراء الفحوصات الطبية الكاملة ذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى إقامة المسؤولية القانونية على الطبيب الذي لم يكن متخصصاً في جراحة التجميل تخصصاً دقيقاً ولم يقم بهذه الفحوصات قبل المباشرة بالعملية في القضية التالية وخلاصتها:

أن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال اطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال ينبه كاتبه فيه على أحد أطباء التجميل الذي استطاع استخدام طريقة جديدة مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلو جبهة الإنسان عند التقدم في السن، فذهبت إلى عيادته واتفقت معه على إجراء هذه العملية مقابل (2000) فرنك فرنسي وكان هذا الاتفاق عام 1965، فأجرى الطبيب عملية التجميل وبعد مرور بضعة أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها آخذ يتساقط بشكل جعل جانباً من جوانب رأسها خالياً من الشعر وبدت كأنها أصيبت بالقرع وصار جلد جبهتها أزرق اللون كريه المنظر.

رفعت السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولاً ثم إلى محكمة الجنح في باريس فانتدبت المحكمة هذه القضية خبيرين اثنين جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه ليس مختصاً وغير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات، وقد دفع الطبيب بأنه يحمل فوق شهادة (الليسانس) في الطب (دبلوماً عالياً فيه).

إلا أن المحكمة ردت الدفع قائلة إنه إذا كان الحصول على شهادة الليسانس أو الدبلوم في الطب يجيز لحامله ممارسة سائر فروع هذا العلم إلا أن هذا لا يعفي الطبيب

---

(1) القرار المنشور في محاضرات الأستاذ الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، ص36، نبذة 58.

الذي يريد ممارسة فرع دقيق من الطبابة يتطلب تخصصاً ومهارة خاصة من أن يتزود بما يتطلبه هذا الفرع من دراسة ومعلومات خاصة ولا يقبل من الطبيب الذي لم يحصل إلا على (الدبلوم) المشار إليه أن يجازف دون ما ضرورة أو حالة عاجلة في ممارسة هذا الفرع من فروع الطبابة الذي يحتاج تخصصاً ومهارة عالية، كما وجدت المحكمة أن الطبيب لم يقم بإجراء أي فحص على زبونته قبل إجراء العملية ولهذا فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالمدعية فأدين الطبيب من الناحيتين الجنائية والمدنية[1].

يتضح لنا من خلال هذه الواقعة أن هناك شروطاً أساسية يلزم توافرها قبل الإقدام على عملية التجميل، ومن أهم هذه الشروط الحصول على رضى المريض وإعلامه بالعلاج وطبيعته ومخاطره وأن يكون الطبيب مؤهلاً من ناحية الاختصاص العلمي والكفاءة الطبية بما يتناسب وحجم العمل الطبي ومخاطره وأن يكون الطبيب قد أنجز جميع الفحوصات الطبية كنوع فصيلة الدم ومقدار السكر واليوريا ودرجة الضغط وعمل القلب وخلو المعدة من الطعام وغيرها.

أما مسألة التثبت من وجود العجلة أو التسرع عند القيام بعملية التجميل من عدمها فلا يمكن التأكد منها بقاعدة عامة لأن المسألة تختلف باختلاف الحالات المعروضة، إلا أن جراحة التجميل البحتة غالباً ما لا يحتاج فيها الأمر إلى الإسراع في العمل الطبي مما يلزم اتخاذ جميع الاحتياط اللازمة.

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي وصدرت الدائرة (16) الجنائية لمحكمة باريس في 1970/5/27، خلاصتها أن إحدى الفتيات تعمل

(1) القرار منشور في محاضرات الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، ص54.

راقصة في ملهى ليلي سمعت ثناء زميلة لها على أحد الأطباء من اللذين يزاولون جراحة التجميل كان قد أجرى لها عملية (شد) ثدييها ومنع تهدلهما وتحسين منظرهما فذهبت إلى هذا الطبيب واتفقت معه على إجراء عملية مماثلة وفي 1965/10/1 ، قام الطبيب المذكور من غير أن يعمد إلى إجراء أي فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم فقام بتخدير زبونته تخديراً موضعياً ثم زرف في حلمتي ثدييها إبرتين أو جرعتين من مادة (السلاسيتك) Silastic واستغرقت العملية زهاء الساعتين وبدت كما لو كانت عملية ناجحة، لكن الفتاة أخبرت الطبيب بأن حالتها ليست على ما يرام ومع هذا لم يكلف الطبيب نفسه بإجراء أي فحص لها وكل ما فعله أنه نصحها بالبقاء مستلقية على سرير العملية وقدم لها شيئاً من الماء ثم قام بناء على طلب الفتاة نفسها بالاتصال بأختها هاتفياً وطلب منها الإسراع بالحضور إلى عيادته لنقل شقيقتها لدارها[1].

حضرت الأخت بصحبة خطيبها فوجدا حالتها الصحية سيئة لم تتمكن من النطق ولونها أزرق خائرة القوى فقال الطبيب إن هذه الأعراض ليست سوى حساسية عند الراقصة ضد الجرعة (اكزيولوكايين) التي استعملت في تخديرها وأنها ستزول ولا خطر منها، وقد عانت الفتاة مشقة بالغة في الوقوف على قدميها فتركها الطبيب تغادر إلى البيت دون أية تعليمات طبية عدا طلبه بتدفئة رجليها عند النوم وفي الساعة الخامسة بعد منتصف الليل غابت الفتاة عن الوعي ولم يقلق الأهل تبعاً لاطمئنانهم لحديث الطبيب بأن الحالة مؤقتة لكن حالتها تدهورت وراحت في غيبوبة كاملة مع اضطرابات دقات القلب فاتصلوا بالطبيب ثانية وطمأنهم على سلامتها وطلب منهم

(1) د. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، ص195.

قيـاس درجـة الحـرارة والاتـصال بـه الـساعة الثانيـة بعـد الظهـر، إلا أن أهـل المريـضة استدعوا طبيباً آخر في الساعة العاشرة صباحاً ففحصها وذهب فوراً إلى عيادة الطبيب الذي أجرى لها العملية وصحبه عائداً إلى بيت أهل المريضة الفاقدة لوعيها فنقلاها إلى إحدى المستشفيات، حيث لاقت حتفها بعد قليل وعند عرض الأمر على القضاء أمرت المحكمـة بتـشريح جثـة الراقـصة فتـبين أن الطبيـب المـدعى عليـه ارتكـب عـدداً مـن الأخطاء يتلو بعضها بعضاً منها:

1. إجراء العملية للراقصة دون فحوصات مسبقة لوضعها الصحي العام.
2. ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.
3. سماح الطبيب للمريضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.
4. لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جدية.
5. رفـض الـذهاب إلى دار أهـل المريـضة لفحـصها ثانيـة واكتفـى بطلـب تدفئـة قدميها وقياس درجة الحرارة.

لـكل هذه الأسباب قضت المحكمـة المختصة بـالحكم على الطبيب بـالتعويض وبالعقوبـة الجزائيـة وفقـاً لأحكـام المـادة (63) مـن قـانون العقوبـات الفرنـسي[1]، الـتي

(1) وانظر ملاحظات الدكتور حسن الذنون على القرار في محاضراته عن المسؤولية الطبية، ص55.
وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة (63) بموجب النظام الصادر في 1945/6/25، بحيث أصبح نص الفقرة المذكورة يعاقب كل من يمتنع باختياره عن تقديم النجدة لشخص في حالة خطرة وكان بإمكانه ذلك سواء مباشرة أو بفعله الشخصي أم بطلب النجدة من الآخرين ودون أن يكون من شأن ذلك تعريض الممتنع أو الغير للخطر، وأراد بذلك المشرع الفرنسي معاقبة الممتنع الذي يظهر من سلوكه الأنانية واللامبالاة.
وبناء عليه قضت محكمة النقض الفرنسية في 949/5/31 بأن الفقرة الثانية من المادة (63) من قانون العقوبات يطبق على الأطباء عند امتناعهم عن تلبية نداء المريض، وكذلك في القرار الصادر عن محكمة (نانسي) في 1965/6/1، الذي حكم فيه بالحبس اربعة اشهر مع إيقاف التنفيذ على طبيب لامتناعه عن معالجة شاب سقط ليلاً جريحاً إثر مشاجرة مع رفاقه بعد خروجه من حفلة ساهرة.
د. غني حسون طه، مسؤولية الطبيب الممتنع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني، السنة الأولى، 1986، ص69 ـ 72.
د. سمير إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، الجزائر، 1979، ص211 وما بعدها.

اقتبس منها المشرع العراقي المادة (370) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل التي جاء فيها ما يلي:

(1- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى دون عذر عن تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غريق أو كارثة أخرى.

2- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع أو توانى دون عذر عن إغاثة ملهوف في كارثة أو مجني عليه في جريمة).

المبحث الثاني

أحكام القضاء العربي

لم يكن القضاء المصري بمعزل عن اتجاهات القضاء والفقه في فرنسا ومصر من الاختلافات والجدل الذي طرح حول مسؤولية الطبية عن جراحة التجميل، فالتشدد ظهر جلياً في قرارات محكمة النقض المصرية التي أوجبت عناية أكثر من جراح التجميل واتجاهها إلى تخفيف عبء الإثبات خطأ المريض بإقامتها قرينة بسيطة لصالحه.

ففي قضية عرضت على القضاء المصري وصدر فيها الحكم عام 1969 بدأت محكمة النقض بعرض الالتزام العام الذي يقع على الأطباء وطبيعة المسؤولية بقولها:

(إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب، وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو نجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني ومجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول... وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إذ إن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علمه في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر)[1].

(1) القرار منشور في مؤلف الدكتور محمد حسنين، ص76 ـ 77.

أما عن عبء الإثبات فإن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى القول في القرار المذكور (بأنه وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة أن المريض أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء الإثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية تجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه[1]، فتنقل عبء الإثبات حالة بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال)[2].

وتصعد فكرة مشروعية أعمال جراحة التجميل في مصر إلى عام 1913[3].

حيث عرض أمر جراحة التجميل على القضاء المصري في قضية مشهورة ملخصها في أن رجلاً يدعى عبد الحميد أفندي أصيب في سنة 1914 بدمل في مؤخرة عنقه، وقد التأم الدمل تاركاً مكانه أثر التحام (كلويد) جعل منظره مشوهاً ففكر في عام 1928 أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث حتى يصبح أثر الالتحام رخواً متجانساً مع الجلد المجاور له فعرض نفسه في مستشفى القصر العيني على طبيب الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) وبعد معالجته أشار عليه بأن يعالج نفسه بأشعة (إكس) فاختار الدكتور (مقار) فقام بعلاجه تارة بنفسه وتارة أخرى من (تومرجي الأشعة).

---

(1) والصحيح في رأينا هو (التنفيذ المعيّب للالتزام العقدي الطبي).

(2) قرار محكمة النقض المصرية (26 يوليو 1969) منشور في مؤلف د. محمد حسنين، ص77.

(3) راجع الإبراشي، ص303 ـ 304.

الجوهري، ص327.

لقد أدت هذه المعالجة إلى تقيح الجلد ونشوء قرحة، فأقام الدعوى على طبيب الأشعة الدكتور (مقار) مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من معالجة الندبة التي كانت تشوه رقبته، غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى بقرارها الصادر في 1933/5/30 فأقرت بذلك ضمناً بمشروعية جراحة التجميل.

أما محكمة استئناف مصر فقد ألغت الحكم عام 1936 لا لعدم مشروعية جراحة التجميل، رغم دفاع المجني عليه بأن الدكتور (مقار) كان يباشر علاجاً تجميلياً مما يستوجب تشديد مسؤوليته نهجاً على ما يسير عليه القضاء الفرنسي آنذاك، وإنما تطرقت لوقائع الدعوى واستخلصت منها أن إصابة المجني عليه نشأت عن معالجته بأشعة إكس وأن الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية، ولهذا فإن القضاء المصري أوضح من خلال هذين الحكمين في أنه لم ير موجباً للتفرقة بين جراحة التجميل والجراحة العادية وإنما أخضع النوعين لقواعد موحدة[1].

وفي سوريا، فإن جراحة التجميل ليست محظورة وإنما كانت تمارس طبقاً لقواعد مجلة الأحكام العدلية قبل صدور القانون المدني عام 1949، ولم تحظر أيضاً بعد صدوره وخضعت أخطاء الجراحين والأطباء للقواعد العامة في القانون المدني السوري لا سيما وأن الشريعة الإسلامية هي من مصادر القاعدة القانونية المدنية، ثم إن مصدر العمل الطبي التجميلي هو الإباحة ورضى المريض الراغب في جراحة الشكل، إلا أن التطبيقات العملية حول الخطأ الطبي في جراحة التجميل حتى عام 1966 نادرة على رأي البعض[2].

(1) الإبراشي، ص304.
الجوهري، ص328.
(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص410.
سمير أورفلي، البحث السابق، ص43.

وفي دولة الكويت فإن جراحة التجميل في تطور مستمر، وإن الفقه والقضاء الكويتي أجازها[1]، وأخضع قواعد الجراحة التجميلية والطب العلاجي والجراحي لقواعد واحدة إذ في كثير من الأحيان يتعذر الفصل بين النوعين في القضايا المعروضة.

ففي قضية ملخصها قيام أحد الأطباء بالمستشفى الأميري في دولة الكويت بعملية ختان لشخص أصابه بضرر (ندبة بارزة منكمشة) على ظهر القضيب وعدم انتظام طفيف بالجلد خلف الأخدود التاجي للذكر فأقام الدعوى وأحيل إلى لجنة طبية لفحصه وتبين حصول تشوه في القضيب والتصاق الجلد به مما يقتضي تدخلاً جراحياً، إلا أن المضرور آثر السفر إلى لندن لإجرائها لدى جراحي التجميل الذي أثبت له أن عملية الختان كانت جذرية جداً أزيل بها جميع الجلد المحيط بالذكر وأن علاجه يستلزم إعادة جلد العانة إلى مكانه الصحيح وإعادة تركيب الجلد الأسطواني للقضيب عن طريق تطعيم الجلد، كما قطع الطبيب الإنجليزي بأنه من غير المحتمل أن يؤدي علاجه إلى التحسن في أداء الجنس ثم قدر الطبيب أن ما تخلف لدى المضرور من عجز جنسي نحو 50٪ من قدرته الأصلية.

أقام المريض الدعوى لدى محكمة أول درجة على وزارة الصحة والطبيب حسب قواعد مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع مطالباً بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية فحكمت المحكمة على وزارة الصحة والطبيب (بالتضامن) مبلغ 6 ستة آلاف دينار كويتي مع المصروفات المناسبة، وبعد استئناف الحكم من المضرور والمدعى عليهما عدلت محكمة الاستئناف الحكم وقضت بإلزام المدعى عليهما بأن يدفعا له مبلغاً مقداره 9700 دينار كويتي، إلا أن محكمة التمييز تبين لها أن المضرور اشترك بخطئه

---

(1) انظر ما نشرته صحيفة الوطن الكويتية يوم 1988/6/14، العدد 4783.

في إحداث الضرر فحكمت بإلزام الجراح ووزارة الصحة (بالتضامن) إلى المضرور 3600 دينار كويتي كتعويض عن الإصابة ذاتها وعن الأضرار المادية والمعنوية[1].

أما في العراق فعلى الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية، سواء في الجراحة التجميلية أم في مجال الجراحة العادية، ومحاولة نقابة الأطباء أو وزارة الصحة اعتبارها من القضايا السرية مما يلزم عدم البوح أو الإعلان عنها، إلا أن الصحف اليومية تنشر بين فترة وأخرى بعض الأخطاء الجسيمة كنسيان المقص في بطن المريض أو قطعة القطن في المثانة أو رفع غضاريف الركبة أو وصف دواء يترك آثاراً جانبية خطيرة أو إهمال الكادر الطبي ووضع المولود حديث الولادة في صندوق القمامة رغم ولادته حياً أو إهمال العناية بالأم والمولود (أثناء وبعد الولادة) فيموتا معاً في وضح النهار!! وغيرها.

والناس غالباً ما يستسلمون لفكرة القضاء والقدر بفعل الجهل أو عدم إثارة المشكلات فتذهب حقوقهم هدراً، وفي بعض الأحيان يحرك المريض أو أهله الشكوى الإدارية لدى وزارة الصحة أو إدارة المستشفى فيجري التحقيق الإداري وفي ضوئه (ربما) يصار إلى إصدار العقوبة الانضباطية[2]، أو التأديبية[3]، وأحياناً يقوم المريض أو أهله بتقديم الشكوى لجهات الدولة العليا، وربما يكون مرجع ذلك تأخر القضاء العراقي في إجراءاته لحسم الدعوى الذي قد تمتد لسنوات فيضيع الحق عليه أو يكره كثرة المراجعات.

---

(1) انظر تفصيلاً القرار الصادر عام 1979 في مؤلف الأستاذ الدكتور أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ط1، 1986، ص221.

(2) العقوبات الانضباطية هي (الإنذار وقطع الراتب لمدة لا تتجاوز عشرة أيام والتوبيخ).

(3) العقوبات التأديبية في قانون انضباط موظف الدولة سنة 1936 هي: (إنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل من الوظيفة ثم العزل).

ولهذا نادراً ما نعثر على قرار قضائي بخصوص المسؤولية الطبية[1]، ولم نعثر على حكم في العراق تتقرر بموجبه مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع (بالتضامن) عن خطأ طبي عن عمل تجميلي أو غيره، الأمر الذي يدفعنا إلى القول باعتبار قضايا المسؤولية الطبية من الأمور المستعجلة وإلى ضرورة وضع قواعد أو أحكام مستقلة للمسؤولية الطبية في العراق.

لقد آن الأوان لوضع الحدود بين ما للمواطن وما عليه من حقوق والتزامات وتوضيح الطريق السليم أمام المتضرر أو من يدعي بوجوده وهو اللجوء إلى القضاء الاعتيادي[2].

وفي قضية عرضت على القضاء العراقي عام 1963 تعرض فيها الطبيب لضرر جسدي من المريض الذي هو تابع لشركة من شركات الدولة فذهبت محكمة التمييز إلى القول:

(- المريض المحتضر لا تعتبر مرتكباً خطأ أو تعهداً إذا ضربت يده دون قصد أو إدراك الطبيب أثناء حقنه لأنه غير مالك لقواه العقلية وعلى الطبيب أن يقدر مثل هذا الموقف ويتخذ له الحيطة والحذر.

---

(1) من القضايا الحديثة التي عرضت على محكمة التمييز وأصدرت قرارها (غير منشور) رقم 367/منقول/87 ـ 88 في 1987/11/7 حول المسؤولية الطبية ووجوب أخذ رضاء المريض الحر الصريح حيث تتلخص القضية أن المدعية (م) ادعت لدى محكمة بداءة الكرادة بأنها زوجة الدكتور (خ)، والدكتورة (ع) قامت بالإجهاض دون رضاها بحجة تناولها حبوباً تؤثر على سلامة الجنين وتؤثر على شكله وهي واقعة لا أساس لها من الصحة وتخطيطاً من زوجها الدكتور (ب) للتخلص من الجنين وإيقاع الطلاق وطلبت الحكم لها بالتعويض، إلا أن محكمة البداءة ردت الدعوى فنقضت محكمة التمييز هذا الرد وجاء في قرارها:

(حق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنح الكرادة رقم 1072/ج/984 في 1986/2/1، الذي أدان المدعى عليهما وقضى بحبس المدعى عليها لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ والحكم على المدعى عليه (د. خلدون) بالغرامة، وحيث إن الحكم المذكور قد اكتسب درجة الثبات بوقته مع النظر لظروف القضية وعدم ثبوت تناول المدعية الحبوب التي تشوه الجنين كما ورد ذلك صراحة في خاتمة قرار الإدانة لذا كان على المحكمة السير بدعوى التعويض والركون إلى خبراء مختصين لتقديره).

(2) انظر مثلاً الشكوى المنشورة في صحيفة الثورة يوم 1989/4/12 تحت عنوان:

(من المسؤول عن مثل هذه الأخطاء؟ الطبيب أم المساعد أم الممرضات أم واقع حال المستشفى؟).

- يشترط إلـزام المتبوع بـدفع التعـويض عـن الـضرر الـذي يحـده التـابع أن يكـون هـذا الـضرر ناشـئاً عـن تعـد مـن التـابع وقـع أثنـاء قيامـه بخدمـة المتبـوع عمـلاً بالمادة (219) مدني ولا تسأل الشركة المدعى عليها عن الضرر الذي أحدثه ذلك العامل المريض.
- على الطبيـب (المـدعي) إذا كـان عـاملاً بحـسب قـوانين العمـل مراجعـة وزارة الـشؤون الاجتماعيـة لتعـيين حكـم للنظـر في الموضـوع وإذا أهمـل ذلـك وأقـام الدعوى البدائية بعد فوات سنة من تاريخ الحادثة فلا يجوز سماع دعواه بطلب التعويض)[1].

(1) رقم القرار 1533/حقوقية/63 في 1963/12/4، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز للقاضي الأستاذ إبراهيم المشاهدي، قسم القانون المدني، ص253.

القسم الثالث

التصرف القانوني في الأعضاء البشرية

The legal disposition of Human Organs

الفصل الأول: بيع الأعضاء البشرية

المبحث الأول: الحكم الشرعي من بيع الأعضاء البشرية

المبحث الثاني: موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية

الفصل الثاني: هبة الأعضاء البشرية

المبحث الأول: التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة

المبحث الثاني: موقف الفقه المدني من هبة الأعضاء البشرية

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من هبة الأعضاء البشرية

الفصل الثالث: الوصية بالأعضاء البشرية

المبحث الأول: فكرة الوصية وفكرة الوقف

المبحث الثاني: تحديد لحظة الموت (ميلاد الجثة)

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية

القسم الثالث

التصرف القانوني في الأعضاء البشرية

The legal disposition of Human Organs

تمهيد:

أوجدت بعض الأعمال الطبية ميداناً للجدل العلمي المثير بين رجال القانون والطب وعلماء الاجتماع والأخلاق والدين بشأن مدى انسجامها مع القوانين الوضعية والفقه الإسلامي والقواعد الأخلاقية والأعراف الاجتماعية بل وحتى الشرائع السماوية كالديانة المسيحية.

ولعل في مقدمة هذه الأعمال الطبية التي يلزم التعرف على الأحكام القانونية للبعض منها هي نقل أو استبدال الأعضاء البشرية (زرع الأعضاء) واستخدام الأعضاء الصناعية والتعقيم بالنسبة للرجال والإجهاض ومدى علاقته بسلامة الصحة والجسد واستخدام الأجنة الساقطة في المصانع الكيماوية للأغراض الصناعية وكذلك حكم الجراحة التقويمية ومسؤولية طبيب التجميل عن الخطأ المدني ومسائل تحويل الجنس وهندسة الوراثة والتلقيح الصناعي البشري وزرع الأجنة الذي يعرف اليوم بـ (أطفال الأنابيب) وحتى قضية الاستنساخ البشري وغير البشري والإشكالات القانونية من هذه الأعمال الطبية.

كما أن هناك بعض الأعمال الطبية الأخرى التي أثارت اهتماماً واسعاً لدى علماء القانون والطب والاجتماع وغيرهم هي التعديل في ذاتية الإرادة الحرة عن طريق التنويم المغناطيسي والمسؤولية عن نقل العدوى عند نقل الدم كالإصابة بمرض الإيدز أو فيروس الكبد، والتساؤل في هذا المجال هل إن التزام الطبيب يظل التزاما ببذل عناية في جميع الأحوال عن مثل هذه الأعمال الطبية التي يقوم بها ثم ما هو حكم

أجهزة الإنعاش المركز المتطورة التي تبقي على بعض أجهزة الجسد في ممارسة وظائفها وهل يمكن الاستفادة من جثث الموتى لصالح الأحياء ومن بعض أعضاء الحيوان لصالح الإنسان؟

إن السؤال الآخر المهم من بين جميع هذه التساؤلات هو حكم التجارب الطبية على الجسد الإنسان ومدى صحة الإعفاء من المسؤولية عند رضى الشخص بهذه التجربة ومدى انسجام ذلك مع الحق في سلامة الكيان البدني للإنسان، ثم ما حكم الموت الرحيم (القتل بدافع الشفقة) وهل يجوز نقل الأعضاء منهم؟ أي ما هو الأثر القانوني لرضى المريض لإنهاء حياته وتخليصه من الآلام والمرض الذي لا شفاء منه. ثم هل يمكن المساس بالجسد للحصول على دليل في دعوى جنائية أو مدنية كما في إجبار الشخص على فحص دمه لإثبات أو نفي البنوة أو استخدام بعض العقاقير (مصل الحقيقية) والأجهزة وصولاً إليها.

إن جميع هذه الأسئلة عن هذه الأعمال الطبية وأحكامها الشرعية والقانونية دفعت دولاً متعددة إلى عدم إغفال تنظيمها وبيان أوضاعها الشرعية والقانونية والأخلاقية والسياسية في دساتيرها أو قوانينها المدنية أو القوانين الأخرى المتفرقة أو بموجب تعليمات وتوصيات من المجالس العليا للأخلاق والسياسة الاجتماعية، بينما أغفلت بعض الدول تنظيم الكثير من هذه الأعمال في قوانينها وعد ذلك قصوراً حقيقياً في تشريعاتها.

وليس هناك أدنى شك في أن أهمية هذه الأعمال الطبية وضرورة الوقوف على أحكامها دفعت دولاً عديدة إلى تنظيم لقاءات ومؤتمرات إقليمية ودولية لبحثها والتوصل إلى توصيات أو قرارات بخصوصها، بل عقد اتفاقيات دولية مثل اتفاقيات جنيف لعام 1949 التي منعت ممارسة أعمال التجارب الطبية على أجساد الأسرى أو نقل

أو بتر الأعضاء منهم، هذا بالإضافة إلى القوانين العقابية الوطنية تعاقب على جريمة إحداث العاهة المستديمة بالبدن.

كما أن هذا الاهتمام بهذه الأعمال الطبية وتقديم أحكامها من الفقه المدني الأجنبي والعربي، دفع جانباً كبيراً من الفقه المدني الفرنسي إلى استحداث فرع جديد من فروع القانون الخاص هو (القانون الطبي) الذي هو من مظاهر اهتمام القانون بالإنسان وصحته منذ لحظة الحمل حتى ما بعد الموت، كحماية الجثة (على نحو ما نصت عليه المادتان 373 و374 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل).

إن هذا الفقه المدني الفرنسي، ولا سيما الأساتذة JEAN CARBONNIER والعميد SAVATIER والأستاذ ستارك STARK والأستاذ اسمان ESMEIN هم أول من حملوا لواء مناصرة الاهتمام بسلامة الحياة وجسد الإنسان باعتباره أهم الحقوق العامة الأساسية التي تخص مبدأ التكامل الجسدي للبشر وذهبوا إلى أن حياة الإنسان وأعضاءه وجميع أجزاء جسده وحياة أسرته العامة والخاصة وضرورة المحافظة على سلامة الكيان الأدبي والحرية الشخصية والكيان الفكري، هي في مقدمة موضوعات القانون المدني التي يلزم بحثها ضمن حقوق البشر الثابتة ويليها من بعد أحكام المعاملات المالية كحق الملكية وأحكام الاعتداء على المال كالعمل المستحق للتعويض وأحكام المسؤولية الأخرى وغيرها.

وعليه فإن الكل أثمن وأكبر من الجزء، وما حياة الإنسان وسلامة صحته وجسده من الاعتداء أو الأذى أو المساس بحقوقه إلا المقدمة الكبرى وهي الأولى بالاهتمام والرعاية في القانون المدني لأن الحق في الحياة أغلى وأثمن الحقوق وسلامة البدن من أهم الحقوق أيضاً، ومن مصلحة الإنسان عدم الإضرار بصحته وطاقته البدنية لأنها مصدر الطاقة والرخاء والتقدم نحو الخير. أما الحقوق الأخرى كحق الملكية وموضوعات المسؤولية المدنية فهي أجزاء تتبع الكل ويفترض أن تكون في

المرتبة اللاحقة لسلامة الكيان البدني، فالإنسان أولاً والأموال من حيث الأهمية في المجتمع، والأموال إنما هي لخدمة ولسعادة الإنسان لا العكس. بناء عليه فإن القانون المدني هو قانون الحقوق العامة والحقوق الخاصة المالية.

إن الإنسان ليس شخصاً قانونياً له حقوق وعليه التزامات فحسب وإنما هو فوق ذلك، وقبل هذا، هو (جسد وروح) لجسده حرمة ولصحته وحياته قدسية أثناء الحياة وبعد الوفاة. لذلك سنقسم الموضوع حسب الخطة الآتية:

خطة البحث:

1. أهمية الموضوع.
2. الأعضاء البشرية القابلة للنقل والغرس.
3. فكرة البحث.
4. مصادر الحصول على الأعضاء البشرية.
5. مبدأ حرمة جسد الإنسان (الحق في التكامل الجسدي) أو (معصومية الجسد).

1- أهمية موضوع زرع الأعضاء البشرية:

ليس من السهل القول إن جميع عمليات زرع الأعضاء البشرية قد تخطت مرحلة التجارب الطبية وأصبح نجاحها مضموناً، فإذا كان هذا الكلام يصح بالنسبة لبعض الأعمال الطبية كعمليات نقل الكلية وعمليات ترقيع القرنية والجلد مثلاً إلا أنه غير صحيح بالنسبة للمخ والمعدة وبعض أجزاء الإنسان الأخرى.

غير أنه من الثابت أن عمليات زرع الأعضاء البشرية في تطور مستمر وتقدم كبير ولعل من أول أهدافها التغلب على الموت بإطالة حياة الإنسان لأن للإنسان مصلحة أكيدة في البقاء على قيد الحياة وهل هناك أثمن من الحق في الحياة ؟. ومن أهدافها أيضا إزالة الألم وتحقيق سعادة البشر بالتغلب على المرض.

وهذه الدراسة التي نحن بصددها ليست نظرية فحسب وإنما تجري في العراق والبلاد العربية والعالم عشرات المئات من العمليات الطبية في ترقيع الجلد وإزالة التشوهات وترقيع القرنية وزرع الكلية واستبدال صمامات القلب وغيرها سواء في المستشفيات الحكومية أم الأهلية بدليل أن المشرع العراقي لم يغفل تنظيم ذلك في قوانين خاصة منذ عام 1970 حين أصدر قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 ثم قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986.

لقد جرت في السنوات الأخيرة العديد من العمليات الجراحية الناجحة في ميدان نقل الأعضاء البشرية فأوجدت بذلك أملاً مشرقاً لخير البشرية. وهذا الطوفان من عمليات غرس الأعضاء فرض حقيقة واقعة لا مفر منها هي ضرورة التعاون بين فقهاء القانون المدني وعلماء الطب والجراحة المتخصصة من أجل ضمان تحقيق الغايات النبيلة وسعادة البشر ومن أجل أن يكون لهذه الأعمال الطبية إطارها القانوني السليم، لأن الطبيب يمثل الجانب الفني العلمي ورجل القانون يمثل الجانب القانوني الذي ينظم هذه الأعمال في إطارها المشروع.

إن هذا الموضوع الجديد دفع دولاً متعددة إلى تنظيم مجالاته بما يغني التطورات العلمية الطبية ضمن ضوابط قانونية وبما يسمح به علم الأخلاق (الأخلاق الفردية والأخلاق الاجتماعية) وكذلك علم الاجتماع والعلوم الأخرى.

ففي فرنسا مثلاً صدر عام 1668 قانون يحرم إجراء عمليات نقل الدم نتيجة فشل محاولة نقل الدم من حيوان إلى إنسان حتى سنة 1818 حين نجح أحد الأطباء لأول مرة في نقل الدم بين البشر فعاد القانون وأباح عمليات نقل الدم كما نظمت عمليات نقل الأعضاء في الكثير من الدول بعد ثبوت نجاحها على الحيوانات منذ عام 1910.

ففي المملكة الأردنية الهاشمية صدر قانون رقم 23 لسنة 1977 بشأن الانتفاع من أعضاء جسم الإنسان وأجاز المشرع التونسي منذ عام 1951 للمستشفيات أخذ أعضاء

الأشخاص المتوفين وأصدر المشرع الكويتي القانون رقم 7 لسنة 1983 بشأن زراعة الكلى مع الفتوى الشرعية رقم 79/132 والفتوى رقم 1981/87 كما لم تغفل الكثير من الدول العربية والأجنبية تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية.

أما في العراق فقد صدر لأول مرة (قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970) ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم 60 لسنة 1981 الذي حل محله قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 الذي تناول جانباً يسيراً من موضوع نقل الأعضاء وجاء قاصراً عن معالجة العديد من الأعمال الطبية الناجحة عالمياً وعربياً كزراعة الأجنة والتلقيح الاصطناعي البشري واستبدال القلوب وغيرها ولم يوضح مصادر الحصول على الأعضاء البشرية لغرض غرسها سواء من الأحياء أم الأموات، كالمحكومين بالإعدام أو الجثث، على نحو ما بينته قوانين متعددة لدول أخرى بما ينسجم والتطورات العلمية الطبية. بالإضافة إلى أن قانون الطب العدلي لسنة 1987 وتعديلاته وقانون الصحة العامة لسنة 1981 لم يعالج الكثير من القضايا المهمة ذات الصلة بغرس الأعضاء البشرية. وعقد ببغداد في شباط 1989 المؤتمر الطبي العربي الخامس والعشرون حول زراعة الأعضاء وإصابات الحروب وغيرها من المواضيع المتفرقة فضلاً عن انعقاد مؤتمرات طبية حول ذات الموضوع في دول أخرى.

إن أهمية هذا الموضوع تبدو واضحة من الاهتمام الكبير بنقل الأعضاء البشرية على الصعيد الإقليمي والدولي، ففي(لاهاي) عقدت جمعية زراعة الأعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام 1970 لدراسة مشكلات الموضوع، كما لم تغفل منظمة الصحة العالمية إذ جاء في تقرير مديرها العام في الدورة (79) التي عقدت في 1986/12/3 إيضاح لبعض الأعضاء البشرية (القابلة للنقل) طبياً التي ثبت نجاحها فعلاً وقضية التكاليف الاقتصادية وبعض الأسس الأخلاقية المتعلقة بنقل الأعضاء.

كما تم في اجتماعات اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء الجسمية للإنسان التي عقدت للفترة من 16 ـ 1986/12/18 إعداد مسودة (مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية).

وبتاريخ 1988/2/11 انتهت في جدة بالمملكة العربية السعودية اجتماعات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فأصدرت توصياتها بشأن أطفال الأنابيب والحكم الشرعي منها وموقف الشريعة الإسلامية من أجهزة الإنعاش المركزة وتحديد زمان الموت من الناحيتين الطبية والشرعية وقضية انتفاع الإنسان بأعضائه أو بأعضاء إنسان الآخر (حياً كان أم ميتاً) ومسألة تأجير الأرحام التي تحصل في الدول التي لا تقيم وزناً للأنساب.

2- الأعضاء البشرية القابلة للنقل والغرس:[1]

إن الأعضاء القابلة للنقل أو الزرع في الأجساد من الأحياء أو الحيوان أو الأموات تتمثل في (نقل الدم البشري من الأحياء)[2]. إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل إن الدم البشري يمثل عضواً أم جزءاً من الجسم؟! وهل الاعتداء عليه يخل بمبدأ التكامل الجسدي؟

---

(1) يرى الدكتور محمد أيمن صافي كتابة الحديث: غرس الأعضاء في جسم الإنسان، 1987، ص9، (أن المقصود بالغرس Transplantation هو نقل عضو سليم من جسم متبرع، سواء كان إنساناً أو حيواناً أو أي كائن حي، وإثباته في الجسم المستقبل ليقوم مقام المريض في أداء وظائفه.
إلا أننا نرى أن هذا التعريف غير دقيق، لأن نقل الأعضاء قد لا يكون عن طريق التبرع (والصحيح الهبة) وإنما عن طريق البيع كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه المدني، أو بالوصية كما سنرى مفصلاً، ثم إن التصرف القانوني الأول (الهبة) لا يمكن أن يكون من الحيوان لأنه عمل قانوني يلزم وجود الإرادة الصحيحة لإنشائه وهي غير موجودة عند الحيوان.
هذا بالإضافة إلى أن نقل العضو قد لا يكون من الكائن الحي وإنما من جثة ميت.
كما يعترض الدكتور محمد أمين صافي في (ص9) على كلمة زرع الأعضاء ويعتمد الكلمة الصحيحة وهي (غرس الأعضاء) من الناحيتين اللغوية والعلمية، إلا أننا نرى أن هناك ترادفاً في اللغة بين كلمة (زرع الأعضاء) وكلمة (غرس الأعضاء) ومفهوم (نقل الأعضاء) بدليل أن الفقه المدني والمنظمات الإقليمية والقوانين الوضعية تستخدم مصطلحي زرع الأعضاء ونقل الأعضاء للدلالة على معنى واحد هو غرس الأعضاء في الجسد.

(2) طالعتنا الصحف في أيلول 1988 أن هناك بعضاً من التجارب الطبية على إمكانية إجراء نقل الدم من الأرانب إلى البشر بعد إجراء بعض الأعمال الطبية على الدم. إلا أن هذا العمل الطبي لم يتعد مرحلة التجارب الطبية الأولية التي لم يؤكد نجاحها بعد.

للإجابة عن ذلك، نقول إن مجمع الفقه الإسلامي في جدة أصدر قراره رقم (1) الصادر في 6 ـ 11 شباط 1988، اعتبر الدم البشري عضواً من الأعضاء للجسم الإنساني.

ولم يوافقهم على هذه التوصية الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون فيرى عدم صواب إطلاق لفظ العضو على الدم وإن كان متجدداً، ويسترشد ـ للدلالة على صحة رأيه ـ بالقاموس المحيط الذي يعرف العضو بأنه (كل لحم وافر بعظمه) وبالمعجم الوسيط: أن العضو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف، ومثل هذا في معاجم اللغة الفرنسية والإنجليزية.

كما أنه ليس هناك أدنى شك في أن الاعتداء على الدم البشري (وهو جزء من الجسم) إنما يشكل اعتداء على الحق في صحة وسلامة الجسد وخرقاً لمبدأ التكامل الجسدي للإنسان ما لم يحصل نقل الدم برضى الشخص الصحيح وبما لا يتعارض وسلامة الصحة والبدن، كما سنبين ذلك.

ومن الأعضاء البشرية القابلة للنقل والغرس أيضاً (نقل القلب) والتي ثبت نجاحها منذ عشرين عاماً حين قام الطبيب المشهور(كريستيان برنارد) بعملية زرع القلب ونقله من جسد شخص تعرض لحادث دهس إلى آخر في إحدى ولايات جنوب أفريقيا، وكذلك الكبد والبنكرياس بالنسبة للمرضى المصابين بمرض السكر والقرنية والكلية ونخاع العظام والأعضاء المزدوجة (مثل الرئتين والأذن) وزرع الجلد لأغراض عمليات التقويم أو التجميل[1]، أما الأعضاء الأخرى كالعمود الفقري والمخ والمثانة

(1) جرت أول محاولة للقلب على الحيوانات من الطبيب شاموي عام 1959 وفي عام 1964 جرت في امريكا زراعة قلب حيوان في جسد إنسان، وفي عام 1967 نجح الدكتور برنارد في إجراء عملية ناجحة مشهورة لزرع القلب بين البشر ثم تلتها عمليات ناجحة، كما نجح فريق الطبيب العربي مجدي يعقوب في زراعة الكتلة المزدوجة عام 1986.
ولم يستقر الرأي الطبي على زراعة الكبد إلا في عام 1983 لصعوبة هذه العملية ولأن معدل نجاحها على الأطفال بنسبة 50٪ وأجرت المستشفيات البريطانية عام 1988 عمليات ناجحة لزرع الكبد على الأطفال، أما الكلية فيمود تاريخها (تاريخ زرعها في الجسم البشري) إلى عام 1954 وهي من العمليات الطبية الناجحة إلا أن المشكلة تكمن في مصادر الحصول عليها إذ إن نسبة 60٪ ـ 90٪ من عمليات نقل الكلى تكون من الأموات إلا ان نسبة نجاحها بين =

والمعدة والرحم وغيرها فهي إما مستحيلة أو شبه مستحيلة أو لم يثبت نجاحها لا على الحيوان ولا على البشر بصورة مضمونة.

غير أن هناك بعض المعلومات الحديثة تفيد بإمكانية استئصال نصف أدمغة الأطفال دون أن يؤثر ذلك على حياتهم الطبيعية وهي عملية تعرف بـ(استئصال نصف الدماغ) وهذه العملية الجراحية نادرة لمرض نادر عصبي المنشأ يعرف بـ(الموثق العصبي) وهو النسيج الضام الدقيق الذي يشد عناصر النسيج العصبي الرئيسة في الدماغ والحبل الشوكي، وهذا المرض لا يعالج بأي نوع من أنواع الأدوية أو المعالجات الطبية الأخرى، ومن نتائجه التي تنعكس على جسم الإنسان الإصابة بالذبحة القلبية وإنجاب النساء أطفالاً غير طبيعيين واضطرابات أخرى في مختلف أنحاء الجسد. وقد استغرقت عملية استئصال نصف الدماغ للطفلة (مارندا) عام 1985 عشر ساعات وهي تحيا حياة طبيعية وقد أجرى معظم هذه العمليات الدكتور(بن كارسون) رئيس قسم الجراحة في المركز للأطفال في مستشفى جون هوبكنز في مدينة بالتيمور.

ومن المعلومات الطبية الحديثة في ميدان زرع الجلد البشري، هو زراعة الجلد في أنابيب الاختيار بالمعامل لمعالجة الحروق والتشوهات والمرض وقد جرت التجارب الطبية

=

97٪ ـ 98٪ إذا كان مصدرها من الأحياء ومن أقرباء المريض كما لوحظ أن نسبة 85٪ من المتنازلين عن الكلية هم من الأمهات.

أما غرس البنكرياس (المعثكة) فيعود لعام 1966 للتغلب على داء السكر ففي هذا العام نجحت عملية الغرس بين البشر وكذلك يغرس نخاع العظام للتغلب على مرض سرطان الدم Leu Kamia ويعود تاريخ زرع الرئة إلى عام 1986 بينما يعود غرس وترقيع الجلد إلى عام 1869 ونجحت في مصر بعد حرب أكتوبر وفي العراق أثناء وبعد الحرب العراقية الإيرانية على أيدي أطباء عراقيين أكفاء.

راجع: الدكتور أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1983، ص 208 ـ 209، ص222 وص232 وص 250 وص133.

الدكتور حسام الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، 1975، ص13 وص8 وص6.

تقرير الدورة 79 للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية المنعقد في 1986/12/3، ص2 ـ 6.

مجلة علوم العدد 36، السنة 5، 1988، ص7.

عليه بدلاً من التجربة على الحيوانات بالنسبة لأثر المساحيق والمواد الكيماوية، فقد توصل الباحثون إلى زراعة طبقات البشرة العليا والسفلى وتعد الولايات المتحدة وفرنسا من أسبق الدول بهذا المجال بينما ما تزال بريطانيا في مرحلة التجارب الطبية بالنسبة للجلد البشري الصناعي.

3- **فكرة البحث:**

تنصب فكرة البحث الأساسية على حماية الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان والذي يتمثل بـ (حق الإنسان في التكامل الجسدي) وسلامة حياته وصحته وبدنه التي يضمنها أمام القانون المدني أو القوانين الأخرى. وإذا كانت القوانين تحمي هذه الحقوق فهل إن أعضاء الجسم البشري تخرج بطبيعتها من دائرة المعاملات المالية أم إن للشخص حرية التصرف القانوني بأعضائه البشرية وبأجزاء من جسده؟

ثم إن محل الالتزام في التصرف القانوني يلزم أن تتوافر فيه بعض الشروط المتعارف عليها إما فقهاً (الفقه الإسلامي) أو قانوناً فهل تنطبق هذه الشروط على الأعضاء والأجزاء البشرية وما حكم عدم توافرها؟ فالدم في الفقه الإسلامي مثلاً لا يصلح للتعامل لأنه مال غير متقوم ومحرم التعامل به وهو من الناحية العملية يضر بسلامة صحة الإنسان عند نقله من جسد شخص لآخر إلا وفقاً للشروط الطبية والإجراءات الدقيقة في الفحص وتوافق الفصلية وغيرها فهل يحق للشخص أن يهب كمية من دمه حتى وإن أضر هذا التصرف بصحته؟ وما حكم عمل المستشفى التي تقبل مثل هذا العمل؟ وهل تعتبر مرتكبة للخطأ المشترك مع المتصرف؟

إن من الأفكار الأساسية الأخرى في هذا الميدان هو البحث عن مدى جواز التصرف القانوني بأعضاء الإنسان أو ببعض الأجزاء من جسده وما إذا كانت تصلح محلاً للبيع أو الهبة أو الوصية وكذلك الوقوف على الحكم الشرعي والجانب

الأخلاقي من نقل الأعضاء وغرسها طبقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني والتشريعات الطبية.

ولا شك أن موضوع (غرس الأعضاء البشرية) والتصرف القانوني بهذه الأعضاء يخص صحة الرضى من المتصرف Le donneur وفكرة القبول بالمخاطر الناجمة عن ذلك Le consentement de la victime سواء في البعض من إجراء الإنسان أو بكل الجسم أثناء الحياة وبعد الوفاة. ثم موقف (القاعدة الأخلاقية من الالتزام المدني)، لأن الالتزام المدني قد يقوم على قاعدة أخلاقية أي أساس أخلاقي مقبول كالتضحية ونكران الذات والإيثار وقد تتعارض القاعدة القانونية مع الأساس الأخلاقي كفكرة السقوط لمضي المدة المانعة من سماع دعوى (التقادم المسقط) وفكرة أخذ الفائدة القانونية عند التأخير في دفع مبلغ القرض أو التعويض.

ففي مجال عمليات غرس الأعضاء البشرية يلزم منا الإشارة إلى الأساس الأخلاقي للالتزام المدني من المتصرف بالجزء أو العضو البشري، وعلى سبيل المثال هل يمكن المساواة بين التزام المتصرف البائع لجزء من جسده كالدم مع موقف الأم عن هبة الكلية لابنها؟ فالأم حين تهب كليتها تندفع الإيثار والحب والتضحية ونكران الذات وهي قاعدة أخلاقية فيكون التزامها صحيحاً ومشروعاً حين يرد هذا التصرف على عضو من أعضائها لرجحان المصلحة (إنقاذ حياة ابنها) على الخطر الذي يلحق بها وهو(المساس بسلامة جسدها) فالباحث الدافع لهذين الالتزامين المدنيين مختلف تماماً وإن كانت النتيجة واحدة.

ولما كانت فكرة البحث الأساسية تنصب على التصرف القانوني بالأعضاء البشرية أو أجزاء الجسم البشري، فإن طبيعة البحث تلزم التعرف على (مفهوم التصرف القانوني) لغرض تحديد المراد بالتصرف القانوني بالأعضاء البشرية.

مفهوم التصرف القانوني:

يراد بالتصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني سواء تم التصرف بإرادتين أم بإرادة منفردة وهو بذلك يختلف عن العمل المادي الذي هو واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً[1]، نافعاً كان أم ضاراً، كالإثراء بلا سبب والعمل المستحق للتعويض(المسؤولية التقصيرية). والأعمال القانونية هذه يطلق عليها في الفقه الإسلامي بـ (التصرفات الشرعية القولية) التي قد تكون إنشاءات أو إسقاطات، ومن الإنشاءات ما تكون بإرادتين أو بإرادة واحدة، [2]. وسنعود لهذا الموضوع مفصلاً.

4- مصادر الحصول على الأعضاء البشرية:

إن الأعضاء أو الأجزاء التي يراد غرسها في الجسم البشري إما أن تكون (طبيعية) تنقل من شخص حي أو من جسد ميت، أو أن تكون اصطناعية.

ولكن في الحالتين صعوبات كبيرة ومشكلات قانونية وفنية من الناحية الطبية؛ إذ إن إحدى أهم العقبات في ميدان نقل الأعضاء هو كيفية الحصول عليها.

فإلى جانب المشكلات الطبية الدقيقة اللازمة لنجاح عملية الغرس، توجد صعوبات كبيرة في الحصول على الأعضاء البشرية من أجساد الموتى. إذ لم يتم الاتفاق

---

(1) انظر حول فكرة التصرف القانوني (المصادر الإرادية للالتزام المدني) والواقعة القانونية (المصادر غير الإرادية للالتزام المدني) المراجع التالية:

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، محاضرات ألقيت على طلبة الدكتوراه، 1954، ص2.

الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية)، جامعة الكويت، 1982، ص 231 وما بعدها.

ومن الجدير بالذكر أن المواد (1383 و 1384) من قانون نابليون قد عدلت اعتباراً من نيسان 1987. انظر احدث التعديلات على القانون المدني الفرنسي في:

وانظر في خصائص العمل القانوني وتمييزه عن العمل المادي:

خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج2، 1958، ص3 ـ 4.

د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، مصادر الموجبات، بيروت، 1960، ص23 وما بعدها وص359 وما بعدها.

(2) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، 1954، ص 72 وما بعدها.

على وضع معيار ثابت للموت من الناحيتين الفقهية والطبية لا سيما بعد انتشار وتطور وسائل الطب الحديثة، كما سنبين ذلك.

كما أن الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان الحي أثناء الحياة من المسائل التي تحتاج إلى التثبت من صحة رضى الشخص والوقوف على تحديد نوع العضو المراد نقله من الجسد والبحث في شرعية الاتفاقات الماسة بالجسد.

ومن جهة ثانية، إن حوادث السيارات والإصابات الجسدية المميتة وغير المميتة وانتشار الأمراض وغيرها من الأسباب، دفعت رجال القانون والطب إلى التساؤل عن مدى إمكانية الاستفادة من بعض أعضاء الأحياء المصابين بمثل هذه الحوادث مثلاً أو من الأموات أو من جرحى الحرب أو الجثث المجهولة لصالح الأحياء المحتاجين لإطالة الحياة ورفع الألم أو الحد منه لاسيما وأن الفقه الإسلامي أجاز نقل عضو من جسم ميت إلى جسم إنسان حي بقرار هيئة كبار العلماء بالرياض بقرار المرقم 99 في 6 ـ 11 ـ 1402هـ.

ثم إن التطورات العلمية في نطاق علم الطب والجراحة والتكنولوجيا أوجد ما يسمى بـ (قطع غيار لجسد الإنسان) من الأعضاء الطبيعية والأعضاء الصناعية. إلا أن النوع الأخير هذا يتميز بأن تكاليفه باهظة من الناحية الاقتصادية وغير ممكنة من الجانب البيولوجي فهي عاجزة عن أداء وظيفة الأعضاء نفسها الطبيعية فضلاً عن إن أمر تنفيذها كبديل كلي عن الأعضاء الطبيعية أمر مشكوك فيه في المستقبل القريب[1].

---

(1) جرت في عام 1979 عملية زرع قلب صناعي في صدر ماعز ومن ثم في صدر طبيب الأسنان (كلارك)، ويعود تاريخ القلب الصناعي لعام 1957 حين قام الأستاذ (كولف وزميله) بغرس قلب بلاستيكي في صدر كلب ثم في عام 1969 في صدر إنسان إلا أنها لم تكن محاولة قانونية لمخالفتها لقواعد إجراء التجارب الطبية.
ويقصد بالكلية الصناعية (جهاز تنقية الدم صناعياً). ويسعى العلماء في اليابان إلى صنع كبد بلاستيكي إلا أننا لم نعثر على حالة زرع كبد صناعي في جسم الإنسان.
حول الأعضاء الصناعية كبديل للأعضاء الطبيعية انظر:
الدكتور محمد أيمن صافي، المرجع السابق، ص 222 و192.
=

5- **مبدأ حرمة جسد الإنسان (الحق في التكامل الجسدي) أو (معصومية الجسد):**

لاشك في أن الشريعة الإسلامية تحرص على مبدأ التكامل الجسدي فحرمت الزنا والإجهاض والاعتداء والضرب والجروح والإيذاء وأوجبت المداواة وعدم إهمال الجروح لضمان سلامة البدن. فحماية الكيان البدني للإنسان واضحة في مواجهة الغير ومن الشخص نفسه كعدم جواز الانتحار أو الشروع فيه لتعلق حق الله وحق العبد على الروح والجسد.

وما بلغته الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة جسد وروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين، وإن كان القانون الروماني لم يغفل هذا الأمر حين عد جسم الإنسان أسمى من الأموال حيث جاء في مدونة جستنبان ما يأتي: (لا يعد أحد مالكاً لجسده أو لأعضاء جسمه) وبالتالي فإن جسم الإنسان لا يدخل في دائرة المعاملات المالية ثم تأكد ذلك في قانون اكويليا سنة 287 ق.م[1].

إن موضوع عمليات زرع الأعضاء البشرية يخص مبدأ حرمة جسد الإنسان أي الحق في التكامل الجسدي وعدم جواز المساس بسلامة حياة الإنسان أي تعطيل جميع وظائف الجسم أو بعضها كالمساس بسلامة الكيان البدني للشخص.

فالإجماع منعقد فقهاً وقضاء في فرنسا على تجريد رضاء المجني عليه من كل قيمة كسبب لإباحة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم إلا أن للفقه والقضاء في

الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص8.

(1) انظر الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج2، النظرية العامة للحق، بيروت، 1983، ص507 ـ 508.

إن حماية جسد الإنسان وسلامة الحياة نصت عليها التشريعات القديمة ولا سيما ما يخص مسؤولية الأطباء عن اخطائهم المدنية، فلم تغفل في شريعة حمورابي (المواد 218، 220)، كذلك الحال عند الإغريق.

عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، 1966، ص33 وما بعدها.

ألمانيا وإيطاليا مذهباً مختلفاً إذ لرضاء المجني عليه قيمة محدودة في إباحة فعل الاعتداء على سلامة الجسم وإن كان الأصل أن يتجرد من هذه القيمة[1].

إن العلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم وطيدة فالاعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية تعطيلاً جزئياً في المساس بسلامة البدن بينما تتعطل جميع وظائف الجسد في الاعتداء على الحياة، ومن أمثلة الاعتداء على سلامة الجسد توجيه أشعة تحدث اختلالاً في وظائف أجهزة الجسم الداخلية، ومن يتصل جنسياً مع امرأة فينقل إليها مرضاً مصاباً به كالسفلس أو الزهري أو الإيدز يعد مساساً بسلامة جسدها أو من يجعل امرأة تحمل منه وهو يعلم أن الحمل يؤذي صحتها وغيرها[2].

والواقع أن الصحة العضوية للجسد والصحة النفسية والعقلية للإنسان والمساس بسلامة حياة وجسد الشخص هي متكاملة ولا يشترط الإصابة البدنية المادية لكي يعد الشخص متضرراً من خرق قاعدة عدم جواز المساس بسلامة الكيان البدني ويكفي حتى مجرد الأضرار المعنوية، حتى يثبت له الحق في سلامة صحته وجسمه فالعلاقة كبيرة بين الصحة النفسية والعضوية. فإطلاق النار على شخص لا بقصد إزهاق روحه أو إيذائه وإنما بهدف التخويف هو مساس بسلامة الصحة ويستحق

---

(1) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، للسنة 29، 1959، ص530.

(2) د. محمود نجيب حسني، البحث السابق، ص537 وما بعدها.

يذكر الدكتور مقدم السعيد في مؤلفه: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط1، 1985 ص190 – 191، بهذا الخصوص ما يلي:

(ويلاحظ أن مسألة الضرر المعنوي المترتب على الاعتداءات الواقعة على الحياة أو على سلامة جسم الإنسان تعتبر مسألة ذات أهمية بالغة وحساسة، إذ إن التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات جائز في نظر غالبية البعض، ومنها، التعويضات الممنوحة للتخفيف عن الآلام الجسمانية المترتبة على وقوع الحادث الجسماني).

التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لأنه مساس واضح بمبدأ التكامل الجسدي[1].

أما عمليات زرع الأعضاء البشرية أو المعالجة الطبية الجراحية أو غيرها فهي وإن كانت مساساً بالجسم إلا أنها تعد من أسباب الإباحة (المادة 2/41 عقوبات) التي تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية إذا أجريت طبقاً للضوابط الفنية والقانونية، لأن المساس بسلامة الجسد من أجل صيانته وحفظه من الأمراض لا يعد مساساً ضاراً أو تعطيلاً لوظائف البدن. علماً أن القانون لا يعتد برضاء الشخص في جرائم الاعتداء على الحياة أو الجسم ولا يشفع للجاني أنه قام بالفعل برضى المصاب[2].

كما أن تأديب الزوج لزوجته المادة (1/41) والألعاب الرياضية الخطرة المنصوص عليها في (3/41) وإن كانتا تمسان سلامة الكيان البدني إلا أنهما من أسباب الإباحة إذا كانتا في حدودهما القانونية ونحن نعتقد بضرورة إلغاء هذه النصوص التي تتعارض مع قواعد حقوق الإنسان.

والحق في سلامة الحياة والبدن ترد على الجسم البشري الحي، أما جسد الشخص الميت فإن حماية الجثة تعطلت وظائفها إنما يخضع لاعتبارات اجتماعية في صون كرامة جسد الإنسان الآدمي من العبث بالجثة ومراعاة لشعور أقرباء الميت[3].

---

(1) يذكر الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني في بحثه المشار إليه (ص546 ـ 547) مستشهداً ببعض المراجع الأجنبية ما يلي:

(وفكرة الألم لا تقتضي بلوغ الشعور بعدم الارتياح قدراً كبيراً من الجسامة، بل إن أي قدر من هذا الشعور ولو كان ضئيلاً يتمثل فيه الاعتداء على الحق في سلامة الجسم منظوراً إليه من هذه الوجهة الشخصية. وعلى هذا النحو يتحقق هذا الاعتداء بقذف جسم المجني عليه بكمية من الماء، قذراً كان أو نظيفاً كانت الكمية كبيرة ام ضئيلة ولو كانت مجرد رذاذ، كما يتحقق الاعتداء من باب أولى بالبصق في وجه).

(2) د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحة الجنائية، القانون والاقتصاد، السنة 18، 1948، ص280.

(3) انظر المادة (373) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 والمعدل التي نصت على معاقبة الأشخاص الذين ينتهكون حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجنائز والمآتم. وراجع: د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط1، 1985، ص204.

والخلاصة فإن المقصود بالحق في سلامة الجسم هو(مصلحة للمجتمع والفرد يقرها الشارع ويحميها في أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وفي أن يحتفظ بتكامله وأن يتحرر من الآلام البدنية)[1]. سواء أكان هذا المساس بسلامة الأعضاء الطبيعية أم الأعضاء الصناعية بالنسبة للشخص الذي يستخدمها كالأطراف والأسنان أو العين.

كما ذهب جانب كبير من الفقه المدني الفرنسي إلى أن جسم الإنسان له حرمة مطلقة فلا يجوز المساس به، مادياً كإحداث العاهة أو الإيذاء أو الضرب أو الجرح، ولا معنوياً بإحداث الآلام المستقلة عن الضرر الجسدي أو المقترنة معه، من أجل أن يقوم الجسد بدوره في الحياة وممارسة جميع وظائفه الطبيعية.

ويرى الأستاذ كاربونيه JEAN CARBONNIER أن حرمة جسم الإنسان تبرر رفض أي مساس بسلامة الجسم أو الخضوع للتجارب الطبية أو العمليات الجراحية فهو حق من الحقوق الشخصية[2]، وإلى هذا المعنى ذهب فقهاء آخرون[3].

إلا أن هذا الموقف لا يمكن التسليم به كلياً؛ لأن رفض الشخص معالجة جروحه ومداواة صحته قد يؤثر على حقوقه في إنقاص مقدار التعويض عن الفعل الضار لاحتمال تفاقم الضرر بخطأ منه لإهماله المعالجة، كما أن الشخص قد يكون مصاباً بمرض خطير كالإيدز أو فيروس الكبد وعليه أن يخضع للمعالجة من أجل مصلحة المجتمع.

ويرجع الأساس في الاعتراف للإنسان بالحقوق العامة اللصيقة بشخصه إلى مدرسة القانون الطبيعي التي أثرت في الفقه الفرنسي وعلى القانون المدني الفرنسي

---

(1) د. محمود نجيب حسني، البحث السابق، ص571.

(2) JEAN CARBONNIER ،DROIT CIVIL ،(INTRODUCTION LES PERSONNES) ، PARIS 1982 PP. 234 _ 235.

(3) BERNARD TEYSSLE ،DROIT CIVIL ،LES PERSONNES ،PARIS ، 1981 ،PP. 14-16. BORIS STARCK ،DEOIT CIVIL ، (INTRODUCTION) ،PARIS ، 1972. PP. 79-81.

(قانون نابليون) والتي ترى أن الإنسان يولد حراً ومتمتعاً بحقوق طبيعية بفطرته الإنسانية وهي حقوق أساسية كالحق في الحياة والحق في الاسم والحق على جسده، ثم استقر هذا الاعتراف بهذه الحقوق في كثير من دساتير العالم واعتبرت من جملة مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1948[1]. كما جاءت اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 1949/8/12 صريحة في التأكيد على مراعاة حقوق الإنسان الأساسية ومنها حقه في حرمة جسده وتكامله البدني (المادة 3)[2].

كما تحظر المادة 11 من البرتوكول الأول الإضافي من اتفاقيات جنيف لعام 1977 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة والمادة 5 من البرتوكول الثاني لذات العام المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية أي تدخل بالصحة والسلامة البدنية والعقلية للأشخاص الذين هم في قبضة الخصم أو المحتجزين أو المعتقلين أو المحرومين من حرياتهم وجاءت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو المهينة التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1984/12/10 ودخلت حيز التنفيذ في 26 حزيران 1987 بالقرار رقم (UN. DOC/RES/39/-46 ANNEX).

مبدأ التكامل الجسدي في القوانين المدنية:

يدخل هذا المبدأ ضمن الحقوق غير السياسية التي يطلق عليها بالحقوق المدنية Droits Civils وهي على نوعين: إما أن تكون حقوقاً عامة أو حقوقاً خاصة. والحقوق العامة Droits Publics هي الحقوق التي تثبت للإنسان صفته الإنسانية، تولد معه وتظل

---

(1) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987 ص 324.

BERNARD TEYSSIE ،DROIT CIVIL ،OP. CIT. P. 16.

ويلاحظ أن للمجتمع حقاً على جسد الإنسان وهو يؤدي وظيفة اجتماعية فلو كان أحد الأشخاص مصاباً بمرض خطير يعدي الآخرين كالكوليرا أو الإيدز لا يكون من حق المجتمع التدخل لإجراء كل ما هو لازم لحماية المجتمع من انتشار المرض كالتلقيح أو الحجر أو إجباره على إجراء الفحوص الطبية؟!

(2) نصت المادة 1/3 من الاتفاقية على حظر:(1- أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل بكل أنواعه وبتر الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب).

لصيقة به، وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة ويطلق عليها (حقوق الإنسان الأساسية) كحقه في المحافظ على سلامة صحته وجسده وصيانته من أي اعتداء يصدر من الغير وواجب السلامة من الشخص نفسه لأن جسد الإنسان ليس من الأشياء وهو يخرج عن دائرة التعامل المالي وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو صحته يكون باطلاً إلا إذا كانت تستهدف معالجة المرض أو المحافظة على الجسم مثل (عقد العلاج الطبي) ومن هذه الحقوق أيضاً حق الإنسان في سلامة كيانه الأدبي كالسمعة والشرف والاعتبار[1].

أما الحقوق الخاصة Droits Privies فهي الحقوق التي تقررها فروع القانون الخاص كالقانون المدني وهي إما أن تكون حقوقاً مالية لأنها تخص مصالح مالية للشخص كالحقوق الشخصية (الالتزامات) و(الحقوق المعنوية) والحقوق العينية كحق الملكية وهي تخرج عن نطاق دراستنا لأن محل دراستها إما في النظرية العامة للالتزامات أو في الحقوق العينية.

أ- **موقف التشريعات الأجنبية:** نصت المادة 5 من القانون الإيطالي على حظر القيام بأي عمل يمس سلامة جسم الإنسان الحي إذا كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها وإن كان القانون المذكور أباح صراحة (نقل الكلية) وزرعها بين الأقارب من الدرجة الثانية كالشقيقة، حيث تنص المادة المذكورة على ما يلي:

(أعمال التصرف التي تصدر من شخص متعلقة بجسمه محظورة إذا أفضت إلى انتقاص دائم في التكامل الجسدي أو كانت بوجه آخر مخالفة القانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة). إلا أن فكرة الآداب الحسنة غامضة وواسعة المضمون يمتد نطاقها إلى كل القيم التي تعد حمايتها من

---

(1) الدكتور بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1، 1981، ص121 ـ 122.

أفعال المساس بسلامة الجسم أمراً تقتضيه مصلحة المجتمع فهي إذاً مجرد رمز للتعبير عن حق المجتمع في سلامة جسد أفراده ولم يجد الفقه والقضاء صعوبة في أن يقرر اعتبار كل الأفعال التي تمس سلامة الجسد على نحو يهدر مصلحة المجتمع متناقضة واعتبار الآداب الحسنة[1].

كما نصت المادة 1/4 من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي على أنه (يجرم التصرف الذي بواسطته يتصرف شخص في جزء أو كل جسمه متى كان يجب تنفيذه حال الحياة وذلك متى كان من شأنه أن يؤدي إلى المساس الجسيم والمستديم بسلامة الجسم)[2]. وهذا يعني أن التصرف بكل أو بعض أجزاء الجسد بعد الموت هو تصرف صحيح.

ب- **موقف بعض القوانين المدنية العربية**: إذا كانت بعض القوانين المدنية العربية أغفلت النص على حرمة جسد الإنسان والحفاظ على تكامله على نحو ما ذكرته المادة (5) من القانون المدني الإيطالي، كالقانون المدني الجزائري لعام 1975 والقانون المدني الكويتي، فإن البعض الآخر من التشريعات المدنية العربية لم تغفل ذلك. فالمادة (50) من القانون المدني المصري لعام 1949 نصت على ما يلي: (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض بما يكون قد لحقه من ضرر). وتبنى القانون المدني الأردني لعام 1976 هذا النص حرفياً في المادة (48).

لأن الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية ينتج عنها أضرار مادية ومعنوية يستحق عنها المتضرر التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية،

(1) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، البحث السابق، ص533 وما بعدها.
(2) الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص20 ـ 21.

وهذا التعويض الذي يدفع للمضرور من مظاهر الارتقاء بشخص الإنسان إلا أن النص جاء ناقصاً لأنه لم ينص على حماية الحياة والجسد من الشخص نفسه وإنما من الغير فقط.

ومن البديهي أن قوانين العقوبات لهذه الأقطار وغيرها لم تغفل النص على بيان العقوبات عن الجرائم التي تمس سلامة الكيان البدني كالضرب والإيذاء والقتل والإجهاض وغيرها.

كما لم تنص بعض الدساتير العربية على مبدأ التكامل الجسدي وصيانته تأكيداً على حقوق الإنسان الأساسية، بينما ذهبت دساتير أخرى إلى النص على بعض قواعد (معصومية الجسد) كالمادة 43 من الدستور المصري التي منعت إجراء أية تجربة طبية أو عملية على الجسم الإنسان بغير رضائه الحر.

ونصت المادة (71) من الدستور الجزائري لعام 1976 على ما يلي: (يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان. تضمنت الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته).

ج- **التكامل الجسدي في التشريعات العراقية:** لم ينص الدستور العراقي لعام 1970 ولا دستور عام 2005 على حظر إجراء التجارب الطبية على جسد الإنسان ولا على مبدأ التكامل الجسدي على العكس مما ذهبت إليه دساتير بعض الأقطار العربية كالدستور المصري. ولم نعثر في الدستور العراقي لعام 2005 إلا على المادة (37) التي لها علاقة بهذا المبدأ حيث جاء فيها ما يلي:

(أولاً: أ- حرية الإنسان وكرامته مصونة. ب- لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي. ج- يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية، ولا عبرة بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه، وفقاً للقانون.

ثانياً: تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني.

ثالثاً: يحرم العمل القسري "السخرة"، والعبودية وتجارة العبيد "الرقيق"، ويحرم الاتجار بالنساء والأطفال، والاتجار بالجنس).

ولا شك أن التعذيب الجسدي أو النفسي له علاقة بمبدأ التكامل الجسدي للإنسان وبحقوق الإنسان الأساسية.

كما أغفل القانون المدني العراقي لسنة 1951 النص على (مبدأ حرمة جسد الإنسان) وهو قصور تشريعي حاول المشروع الجديد للقانون المدني أن يسده فجاءت المادة المقترحة (66) تنص على نص عام لم يتضمن حماية الكيان البدني من الغير ومن الشخص نفسه على ما يلي:

(يتمتع الإنسان بحقوق تلازم شخصيته كحقه في اسمه ولقبه وصورته وحريته سلامة جسمه وشرفه وكرامته وسمعته وحفظ أسراره).

ونشير بهذه المناسبة إلى أن تعليمات السلوك المهني للأطباء لسنة 1985 أوضحت بعض مظاهر حرمة جسد الإنسان حين حظرت إجراء التجربة الطبية على المريض واعتبرته عملاً جنائياً ما لم تكن للأغراض العملية البحتة وفي مراكز بحث علمي أو في معاهد علمية تعليمية. إلا أن هذه التعليمات جاءت متناقضة مع قواعد إجراء التجربة الطبية (قواعد هلسنكي لعام 1964) على نحو ما سنبينه في مجال بحثنا عن (المسؤولية المدنية عن التجربة الطبية).

ويلاحظ أن قانون العقوبات العسكري وإن لم ينص على مبدأ التكامل الجسدي صراحة إلا أنه يعاقب أي شخص يلحق الأذى بسلامة جسده تهرباً من الخدمة العسكرية وهذا تأكيد على مبدأ حرمة الجسد وعقاب على من يريد التخلص من شرف الجندية وحماية الوطن كقطع الأصابع أو الإضرار بالأطراف أو العين. كما أن قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل يعاقب على المساس بسلامة الجسد كإحداث العاهة المستديمة أو الأذى أو الإجهاض أو غيرها.

وفي هذا السياق نشير إلى أن من حالات حرمان العامل من التعويض والمكافأة: حالة ثبوت تعمد العامل إصابة نفسه، وحالة حدوث الإصابة بسبب سوء السلوك الفاحش والمقصود من العامل المصاب. فإذا تعمد إصابة العامل لروحه أو جسده لا يستحق التعويض ولا المكافأة المقررة قانوناً في قانون العمل ولا أهمية للباعث على الإصابة البدنية العمدية فقد يكون الانتحار أو الرغبة في الحصول على الإجازة المرضية أو غيرها ولكن الشرط الأساس هو سوء النية وهو اتجاه النية قصداً أو تحايلاً للإضرار بالنفس بإزهاق الروح أو إيذاء الجسم.

6- **خطة البحث:**

يتمثل التصرف القانوني في الأعضاء البشرية بالبيع والهبة والوصية والوقف والمقايضة، أي أن موضوع غرس الأعضاء البشرية لابد أن يقع بعمل قانوني يصدر من إرادتين لإحداث نتيجة قانونية أو بعمل قانوني مصدره إرادة واحدة لإحداث أثر قانوني معين.

ولا يمكن أن نتصور وجود بعض التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية لاستحالة التصرف بصورة مطلقة في هذا المجال كالرهن والإيجار والإعارة والوديعة وسواها ولهذا فهي تخرج عن نطاق دراستنا. كما نستبعد من الدراسة موضوع الأعضاء الصناعية إلا بقدر تعلق المسألة بفكرة حرمة جسد الإنسان وعدم جواز المساس

بالتكامل الجسدي على نحو ما أوضحناه سلفاً ولعدم وجود المشاكل القانونية الناجمة عن هذا النوع من الأعضاء.

بناء عليه فإن دراسة هذا الموضوع ستتحصر في الأعضاء والأجزاء الطبيعية البشرية ولا بد من تقسيم هذا الأمر على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: بيع الأعضاء البشرية.

الفصل الثاني: هبة الأعضاء البشرية.

الفصل الثالث: الوصية بالأعضاء البشرية.

الفصل الأول

بيع الأعضاء البشرية

الأصل في العقود سيادة مبدأ الرضائية إذ يكفي لانعقاد العقد وجود التراضي الصحيح والمحل والسبب، في عقد البيع أو في عقد المقايضة أو في عقد الهبة أو غيرها وهذا هو المبدأ العام.

ويراد بوجود التراضي الصحيح، صيغة العقد الدالة على وجود الرضاء عند المتعاقدين وخلو الإرادة لكل منهما من العيوب لصدور العمل القانوني في الإيجاب والقبول من شخص أهل للتصرف. والتعبير عن الإرادة بوجود الرضاء عند الطرفين قد يكون لفظاً (مشافهة) أو بالكتابة أو الإشارة أو عن طريق السكوت الملابس[1] عند التعبير عن الإرادة من القابل (المادة 77 والمادة 79 من القانون المدني العراقي).

---

(1) السكوت المجرد (البسيط Simple silence) هو السكوت اليسير الخالي من اية ظروف محيطة به لا يمكن قطعاً أن يعد تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضاء عند الموجب أو القابل لأنه محض وضع سلبي وعدم والعدم لا ينتج شيئاً ولأن القول بخلاف ذلك مشقة وحرج على الناس. وعنه قال الإمام الشافعي قاعدة(لا ينسب إلى ساكت قول) وبه أخذت المجلة في المادة (67) وعليها نصت المادة 81 من القانون المدني العراقي والمادة 321 من المشروع المدني الجديد. أما إذا أحاطت ظروف ملابسة بالتصرف القانوني من طرف القابل (أي في الشق الثاني عند التعبير عن الإرادة) بحالات محددة عندها يكون السكوت الملابس صيغة دالة على وجود الرضاء وهو ما عبر عنه الإمام الشافعي قائلاً: (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان) وإلى هذا ذهبت الكثير من القوانين المدنية الوضعية منها الفقرة 2 من المادة 81 من القانون المدني العراقي. والسكوت الملابس يختلف عن السكوت الموصوف الذي يحدده القانون حين يفرض التزاماً ويختلف عن التعبير الضمني الذي هو موقف إيجابي يصلح صيغة للعقد في الإيجاب والقبول معاً.

وفيما يخص بيع الأعضاء الآدمية، فإن التراضي مسألة ضرورية جداً للحصول على الأعضاء من الشخص المراد نقل العضو منه لزرعها في جسد آخر محتاج له. فهل يمكن اعتبار السكوت صالحاً كصيغة لعقد البيع؟!

ذهب القضاء الفرنسي والفقه الفرنسي كذلك، إلى أن عدم رضاء المريض بالعلاج الطبي يعرض الطبيب لتحمل جميع المسؤولية الناتجة عن الأضرار الواقعة بفعل العلاج وأن خطأ الطبيب هذا يعد عملاً غير مشروع (فعل ضار).

وهذا الموقف انتقده البعض الآخر مدعين أن فيه مغالاة برضاء المريض يتنافى والمقاصد النبيلة للطب وهو الاتجاه الحديث للمحاكم الفرنسية واقتصر الرضاء أن يكون موجوداً في غير حالات الضرورة. وعبء إثبات أن الرضاء عند المريض كان موجوداً على عاتق الطبيب (رأي سافاتيه) إلا انه لا يعتبر مجرد الذهاب للطبيب أو الدخول في مستشفى رضاء بكل أنواع العلاج التي يراها الطبيب لازمة لحالته ويذهب الأستاذ سافاتيه (المسؤولية المدنية، ج2، نبذة 873، ص399) إلى عدم اعتبار السكوت رضاء بالعملية وأن القضاء الفرنسي عمد إلى تخفيف عبء الإثبات عن الأطباء والتوسع في فهم القرائن التي يستخلص منها الرضاء تيسيراً لواجب الأطباء واحتراماً لأداء رسالتهم.

د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص379. إلا انه ما يلاحظ في مجال غرس الأعضاء البشرية أن التشريعات لكثير من الدول توجب (الرضاء المدون كتابة) لإثبات صحة الرضاء من المتنازل عن العضو والمستقبل =

ومن البديهي أن التعاقد على الأعضاء الآدمية، بوصفها محلاً للعقد عن طريق البيع أو المقايضة أو الهبة يطرح الكثير من التساؤلات منها موضوع (شروط الالتزام العقدي) كالوجود والتعيين والمشروعية فهل يخضع الجزء والعضو من الآدمي لهذه النظرية العامة والشروط المحددة أم أن لمحل الالتزام العقدي الوارد على الأجزاء والأعضاء البشرية له أحكامه الخاصة؟! فالتعامل بالدم مثلاً حرام في الإسلام وهو من الأموال غير المتقومة عند الفقهاء المسلمين فهل يصلح محلاً للتعاقد عليه؟! ثم ما حكم التعاقد بالبيع الوارد على كلية مثلاً ثم تبين أنها غير سليمة أو لا تناسب جسد المتلقي؟ وهل هناك مسؤولية على الطبيب وهل توجد قواعد لضمان العيوب الخفية؟

والسكوت وحده حتى وإن كان ملابساً لا يصلح كصيغة للعقد(عقد العلاج الطبي) كأن يكون المتنازل الوالدة التي تهب كليتها لابنها الوحيد. ففي اشتراط الكتابة تبصير الطرفين بخطورة التصرف ودفع لعبء الإثبات عن الطبيب بالنسبة لإثبات الرضاء. وللدلالة على ذلك نصت الفقرة (1) من المادة الثانية من قانون عمليات زراعة الأعضاء البشرية لعام 1986 ما يلي: (أ. من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الإيصاء وبإقرار كتابي).

إلا أن السؤال الذي يطرح عن عدم مراعاة الطبيب لهذا الإقرار الكتابي واكتفائه بالسكوت الملابس من التنازل؟! هل الشكلية هنا للانعقاد أم للإثبات؟

الأصل العام الرضائية في العقود ويكفي التراضي لانعقادها إلا أن القانون قد يستثني من هذه القاعدة حالات يتطلب فيها إلى جوار التراضي اتباع أوضاع معينة لانعقاد العقد. وهذه هي (الشكلية في القانون الحديث LA FORME) وهي شكلية حمائية توجبها المصلحة الاجتماعية.

فالشكلية إما أن تكون قانونية FORME LEGALE أو اتفاقية. وما يهمنا هنا هي الشكلية التي يوجبها القانون فيكون الرضى مفروضاً في شكل يحدده القانون ويمكن رد هذه الشكلية إلى:

1- الرسمية، العقد الرسمي هو العقد الذي يجب أن يبرم أمام موظف عام ككاتب العدل وموظف التسجيل العقاري ومدير الدائرة القانونية وغيرهم ومثال ذلك تسجيل التصرفات الواردة على العقار في العراق في العقود والوعد بالتعاقد.

2- الكتابة، قد يتطلب الشارع شكلية أخرى في بعض التصرفات لكي تنشأ كالشركة والجمعية والهبة بالأعضاء البشرية والوصية بها على نحو ما تقدم. فالهبة والوصية والكفالة وعقد الصلح يلزم لوجودهما الكتابة.

3- العينة، كالإعارة والقرض والرهن الحيازي وتوجب الالتزام بالرد فإن لم يتسلم المتعاقد العين كيف يردها لهذا لا تنعقد إلا بالتسليم (القبض).

ويلاحظ أن الكتابة أم للإثبات عند الشك في ذلك في الشكلية الاتفاقية يكون التفسير للإثبات لا للانعقاد تقليصاً من حالات البطلان.

ونعتقد أن ما ورد في المادة (الثانية/1) عند عدم مراعاة الكتابة لها حكم خاص.

راجع: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، 1989، ص437.

أما سبب الالتزام العقدي للفقه الإسلامي (بعض آراء الفقهاء) وللنظرية الحديثة فهو (الباعث الدافع على التعاقد أي الباعث الرئيس المشروع لبناء العقد). فقد يكون التعاقد على الأعضاء (عقد العلاج الطبي) من التصرفات القانونية المشروعة كالاتفاق مع الطبيب على قطع عضو بهدف شفاء المريض وتخليص جسده من الأخطار تنفيذاً للعقد الطبي المبرم بين المريض والطبيب.

ومن هذه الأمثلة في قطع الأعضاء استئصال الثدي المتورم بورم خبيث ورفع الرحم أو المبيض منعاً لانتشار الورم السرطاني الخبيث أو قيام الطبيب بقطع أحد الأطراف منعاً لحدوث التسمم لباقي أجزاء الجسد. وهذه الاتفاقات المشروعة الهدف منها مصلحة الشخص وإن كانت ماسة بسلامة الكيان البدني للإنسان.

كما أن المقايضة التي تتحقق فيها المصلحة المشتركة لكل من المعطي والمتلقي من الأعضاء المكررة أو الأجزاء المجددة كالدم إنما هي من الاتفاقات المشروعة.

ولا يشترط لصحة التصرف القانوني من المتصرف في الحالتين كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد (18 سنة) وسلامة الأهلية من العوارض (كالجنون والعته والسفه والغفلة) المؤثرة في قوة الإدراك، لأن من الممكن أن ينوب الولي أو الوصي أو القيم في هذا الحال بل يمكن (في حالة الضرورة) أن يتم العمل الطبي دون موافقة أحد إذا كان ذلك ينفع المريض ويحقق المصلحة الراجحة.

إلا أن بعضاً من هذه الاتفاقات ليس لها آثار مشروعة فتكون باطلة[1]، حتى وإن تمت برضاء الشخص المتنازل وهذا الرضاء لا يعفي الطبيب أو المستشفى

---

(1) ما حكم اشتراط الطبيب مثلاً عدم المسؤولية عن الفعل ورضى المتنازل بذلك سواء عند استئصال القلب من حي أو عند القتل بدافع الرحمة؟! إن تعديل أحكام المسؤولية في مثل هذه الأحوال إعفاء هو باطل وإذا كان القضاء الفرنسي قد ميز بين الإعفاء من المسؤولية العقدية والتقصيرية فأجاز الإعفاء في الأول في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم (3/259 ق.م. عراقي) ولم يجز ذلك في المسؤولية التقصيرية لتعارضها مع قواعد النظام العام.
((إلا ان الإعفاء المسؤولية باطل في المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) إذا كان الاتفاق مستهدفاً الإعفاء من الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم. فإذا اتفق الطبيب مع المريض أو ذويه أنه يعفى من المسؤولية في حالة وفاة المريض نتيجة خطأ الطبيب، فإن هذا الاتفاق باطل، لأنه ينطوي على ما يخالف النظام العام، ولا يختلف الحكم أيضاً فيما =

مطلقاً من المسؤولية الجنائية والمدنية كالتعاقد على الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد والبنكرياس والكلية الواحدة، وهو اتفاق باطل في أثناء الحياة لأنه يؤدي إلى الهلاك حتى وإن كان الرضاء قد صدر من شخص مريض لا يرجى شفاؤه (كالقتل إشفاقاً).

فالإنسان لا ولاية له على بدنه إلا فيما ينفع لا فيما يضر ومن باب أولى لا ولاية له على حياته أو جسده كاملاً، ثم إن من طبائع الأمور أن مثل هذا العمل لا يصدر إلا من شخص غير مدرك لحقيقة الفعل ومن لا إدراك له لا يمكن أن تكون إرادته ملتزمة بشيء ولأن مناط الالتزام هو وجود الإدراك.

غير أن هناك من الاتفاقات ما تكون وسطاً بين الاتفاقات الصحيحة والاتفاقات الباطلة، كالتعاقد على الأعضاء والأجزاء البشرية التي لا تؤدي إلى الهلاك وإنما إلى العجز الدائم فتؤثر على قدرة الكسب المالي وعلى النشاط في الحياة[1].

= إذا كان الاتفاق يستهدف الإعفاء من الخطأ اليسير أو التخفيف من مسؤولية الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية التقصيرية لأن الاتفاقات الخاصة المستهدفة الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها بما يلحق جسم الإنسان من ضرر تعتبر مخالفة للنظام العام)).

د. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص224.

يقول الأستاذ(ديموج): (يعتبر باطلاً كل اتفاق يتعارض مع سلامة الإنسان وحياته) وهذا المبدأ أقره الفقهاء بلانيول وربير وايسمان والأستاذ سافاتيه.

د. عبد السلام التونجي، ص224، هامش رقم (3).

وانظر رأي الأخوين مازو((إن اشتراطات الإعفاء من المسؤولية غير جائزة إذا كانت منصبة على الغش أو الخطأ الجسيم، وحتى إذا انصبت على الخطأ التافه، متى كان الضرر ماساً بسلامة الشخص أو اعتباره، كما هي الحال في الأخطاء الطبية، لأن الأشخاص لا يجوز أن يكونوا محلاً للتعاقد)).

MAZEAUD (HENRI ET LEON ET JEAN)، LECONS DE DROIT CIVIL، OPCIT. P. 610، 613.

(1) يراد بالعجز الدائم، العجز الكلي الدائم أو العجز الجزئي الدائم، وفي الحالتين فإن حالة المصاب الصحية لن يطرأ عليها أي تحسن ولن ترد في المستقبل إلى حالها السابق بحيث أصبح وضعه الصحي مستقراً وثابتاً رغم بذل جميع الوسائل الطبية لعلاجه.

د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، ص106.

وفي العراق يسترشد بقائمة محددة طبقاً لقانون الضمان الاجتماعية لبيان درجات العطل العضوي الدائمة الكلية والجزئية إلا أن هذه القائمة ناقصة لأنها لم يرد فيها بعض حالات درجات العطل العضوي كقطع أو نقل الكلية أو البنكرياس أو الكبد أو إصابات العمود الفقري. وطبقاً للقائمة المذكورة تحدد درجة العطل والنسبة المئوية له وذلك لأغراض تتعلق بتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه المتضرر حسب درجة العطل ونوع العطل العضوي والنسبة المئوية نذكر على سبيل المثال من هذه الحالات التسع ما يلي: =

إن آراء الفقه المدني الفرنسي والمصري والعراقي وكذلك مواقف التشريعات المدنية، جاءت متباينة من مسألة وجود الاتفاقات الواردة على جسد الإنسان فهل يجوز مثلاً بيع القرنية أو بيع الكلية أو بيع القلب أو بيع الكبد؟ وهل يجوز التصرف القانوني بعوض بجزء من الجسد أو كله بعد الموت؟

ثم هل تدخل الجثة في الذمة المالية للشخص المتوفى؟ بحيث إذا تم التصرف بها بيعاً يدخل الثمن ضمن موجودات التركة؟ وهل يحق للدولة أن تتدخل في أعمال بيع الجثث البشرية وما صحة العقود الواردة على بيع الجثث سواء في العقود الوطنية أم تلك التي فيها طرف أجنبي كالحالة المتمثلة في استيراد الجثث للأغراض التعليمية.

والسؤال الآخر الذي يفرض نفسه هو ما مدى حق الأقارب ودرجاتهم في مشاركة الشخص في ولايته على جسده (ضمن حدود الولاية المسموح بها) فهل يحق لهم بيع الجثة بعد وفاة قريبهم؟ وما حكم الاختلاف بينهم وبين الزوجة التي ترفض البيع؟

إن هذه الأسئلة تخص كذلك البحث عن القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ومحاولة إيجاد أسس اجتماعية وأخلاقية تنسجم مع هذه التصرفات القانونية، ولذلك يلزم أولاً تعريف البيع وبيان منطقة البيع من التصرفات القانونية الإرادية والأعمال المادية.

	درجة العطل	نوع العطل العضوي	النسبة المئوية
1ـ	الدرجة الأولى	فقدان اثنين أو أكثر من الأطراف	100٪
2ـ	الدرجة الثانية	بتر الطرف الأعلى الأيمن من الكتف	90٪
3ـ	الدرجة الثالثة	تشويه فظيع في الوجه	80٪
4ـ	الدرجة الرابعة	الصمم التام	70٪
5ـ	الدرجة الخامسة	بتر الطرف الأسفل من تحت منتصف الفخذ أو عندها أو تحتها	60٪
6ـ	الدرجة السادسة	فقدان بصر عين واحدة	50٪
7ـ	الدرجة السابعة	فقد إبهام أو أربعة أصابع من اليد اليمنى	40٪
8ـ	الدرجة الثامنة	فقد إبهام أو أربعة أصابع من اليد اليسرى	30٪
9ـ	الدرجة التاسعة	فقد أصابع إحدى اليدين	

نصت المادة 506 من القانون المدني العراقي على ما يلي: (البيع مبادلة مال بمال) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي[1]، كما بينت المادة 507 كذلك بأن: (البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهو المقايضة).

إلا أن الفقه المدني في العراق انتقد هذا التعريف[2]، فالتعاريف هي من عمل الفقه المدني لا من وظيفة المشرع ما لم تقتض ذلك مصلحة تشريعية ولأن البيع هو عقد ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري لقاء مبلغ من النقود يكون ثمناً له[3].

والبيع بوجه عام من الأعمال القانونية الإرادية التي تنشأ بتطابق إرادتين لإحداث الأثر القانوني وهو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري. فهل يملك الإنسان جسده وأعضاءه حتى يمكنه من القيام بالتصرف ببعض أجزاء أو أعضاء جسمه وينقلها إلى الآخرين لقاء ثمن؟!

إن العمل القانوني الإرادي هو التصرف القانوني. وسبق أن أوضحنا فيما تقدم أن المقصود بالتصرف القانوني Act Jurdique الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين والعقد، مهما كان نوعه، ينعقد بتطابق القبول مع الإيجاب لإنشاء الحقوق الشخصية (الالتزامات أو الروابط القانونية المالية) أو الحقوق العينية وبذلك يتخلف عن الواقعة القانونية Fait Kutidique وهي عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً.[4]

---

(1) جاء في كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للمرحوم محمد قدري باشا في المادة 343 تعريف عقد البيع على أنه (عقد البيع هو تمليك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع).

(2) انظر هذه الانتقادات:

الدكتور سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، البيع والإيجار، ط3، 1974، ص13 ـ 14.

الدكتور غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، بغداد، 1970، ص20.

الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط2، 1976، ص11. وانظر راي الأستاذ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع، بيروت، 1952، ص20، هامش رقم (1).

(3) لا نؤيد المشرع المدني الجديد حين أورد في المادة 628 تعريفاً لعقد البيع إذ لا يوجد تعريف يرضي الفقه المدني ولأن صنع التعريف من وظيفة الفقه أصلاً.

(4) حول التصرف القانوني والواقعة القانونية انظر المزيد من التفاصيل حول الموضوع المراجع الآتية:

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، ص3.

=

إن التعاقد على أجزاء وأعضاء البشر يكون من طرق إرادية (المصادر الإرادية) بالعقد، كالبيع والهبة والمقايضة، أو بالوصية وهي تصرف قانوني أحادي يلتزم الموصي بإرادته المنفردة بعمل قانوني يرتب أثراً معيناً في نقل جزء أو عضو من الأعضاء بعد وفاة الموصي دون عوض.

ولا يخفى أن العقد عمل قانوني ينشئ الرابطة القانونية ويلتزم الأطراف بأثرها وقد نصت المادة 73 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على تعريفه بأنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).[1]

=

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ص 130 ـ 131.
الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط2، 1954، ص32 ـ 33.
الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، 1964، ص18 ـ 19.
الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987، ص27.
كذلك نصت المادة 305 من مشروع القانون المدني العراقي الجديد(الطبقة المنقحة) على ما يلي: (أولاً، التصرف القانوني اتجاه الإرادة لإحداث أثر يعتد به القانون. ثانياً، يشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة).
كما نصت المادة (405) من المشروع على الواقعة القانونية إذ جاء فيها ما يلي: (أولاً، الواقعة القانونية حدث مادي يقع دون اختيار الشخص أو باختياره تترتب عليه آثار قانونية لا يكون للإرادة دخل في ترتيبها.
ثانياً، تشمل الواقعة القانونية، كمصدر للالتزام، الفعل الضار والكسب دون سبب).
وانظر كذلك المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية في المراجع الآتية:
د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزائر، 1983، ص10.
الدكتور منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، الكويت، 1984، ص11.
الدكتور عبد الرسول الجصاني، مذكرات في العقد والفعل الضار، القسم الأول، العقد، 1983، ص17 ـ 18.
الدكتور أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، 1962، ص31 ـ 32.
الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، 1969، ص25 ـ 26.
الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، 1954، ص7 ـ 9.
الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي، ص249.
الدكتور بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1 الكويت، 1981، ص173 ـ 174.

(1) أصل التعريف يعود للمادة 262 من مرشد الحيران لقدري باشا وكذلك المادة 103 من المجلة.
انظر: كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للمرحوم محمد قدري باشا، قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي، عمان ـ الأردن، ط1، 1987، ص72.
سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، بيروت، 1923، المادة 103.
ومن الجدير بالذكر أن هذا التعريف اتسم بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي التي تهتم بالنتيجة الأخيرة لتصرف الشرعي الانشائي ونظراً لأهميته ومزاياه أخذت به العديد من القوانين المدنية العربية كالقانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 (المادة 31) والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976(المادة 87) ولم تأخذ به
=

كما ذهب مشروع القانون المدني العراقي الجديد إلى تبني النزعة الموضوعية التي يتسم بها الفقه الإسلامي حين عرف العقد في المادة (306) التي جاءت متأثرة كذلك بالمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي[1]، فقد ذكر المشروع الجديد ما يلي: (العقد اتفاق إرادتين على إحداث أثر يعتد به القانون).[2]

وإذا كان العقد هو التصرف القانوني الذي ينشأ بفعلين (إرادتين متطابقتين) وأن هاتين الإرادتين تتجهان لإحداث الأثر القانوني، سواء أكان العقد معاوضة أم تبرعاً، ملزماً للجانبين أم لجانب واحد، فإنه لا ينعقد إلا بفعلين يدلان على وجود الرضاء، من خلال طرق التعبير عن الإرادة المنصوص عليها قانوناً؛ أولهما الإيجاب باعتباره الفعل الأول الصادر من المتعاقد في التعبير عن وجود الرضاء لإحداث الأثر

قوانين مدنية عربية أخرى إما لعدم حصول القناعة من بعض المشرعين بهذا التعريف الذي وجهت له سهام النقد من جانب من الفقه أو لأن إيراد التعاريف ومنها تعريف العقد يدخل في صميم عمل الفقه المدني.

انظر:

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، دون سنة نشر، ص4 ـ 5.

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، لجنة تطوير التشريعات دون سنة نشر، ص 44 ـ 45.

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني، ج1، إعداد المكتب الفني، ص93.

الدكتور محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، بغداد، 1955، ص68 ـ 69.

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، 1954، ص73.

الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ص49.

الدكتور بدر جاسم اليعقوب، اصول الالتزام، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

(1) نصت المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي على أن (العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

وقد اخذ بهذا التعريف حرفياً القانون المدني الجزائري لعام 1975 في المادة (54).

JEAN CARBONNIER، DROIT CIVIL، LES OBLIGATIONS، 4، PARIS 1982 P. 42.

MAZEAUD (H. ET L. ET. J) ،LECONS DE DROIT COVOL، PARIS، 1966. P.45.

ANTOINE VIALARD، LA FORMATION DU CONTRACT، ALGER، 1984. P.29.

(2) في هذا التعريف حاولت لجنة اعداد المشروع التأكيد على عدم اهمية التفرقة بين العقد والاتفاق لأنهما مترادفان في المعنى ولأن هذه التفرقة ترجع أصلاً للفقيه الروماني بوثيه Pothier الذي هجرها الفقه المدني الحديث.

كما لم يشأ المشروع الجديد أن يأخذ بفكرة (الربط المعنوي بين الكلامين لطرفي العقد) والتي نادى بها الفقه الإسلامي لأن التوافق بين الإرادتين عند الفقهاء المسلمين لا يعد عقداً بالمعنى الصحيح ما لم يتحقق الربط الكلامي واتجاه الإرادتين لإحداث الأثر القانوني.

إلا أن ما يعاب على القانون المدني العراقي والمشروع الجديد أنهما أوردا تعريفاً للعقد لا تستوجبه المصلحة التشريعية.

القانوني من طريق وسائل التعبير عن الإرادة[1]، وثانيهما القبول وهو الفعل الثاني للتعبير عن الإرادة بوجود الرضاء عند القابل وإن مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة هي من شروط صحة القبول التي يطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية (صيغة العقد)[2].

ومن الجدير بالذكر أن البعض من التصرفات القانونية لا يمكن أن يكون الرضاء موجوداً إلا في شكل مخصوص حدده المشرع، تبصيراً للمتعاقد من خطورة ما يقدم عليه وتنبيهاً له وبهدف التثبت من الرضاء الحر، كما في حالة قبول الشخص التنازل عن جزء أو عضو من جسده على نحو ما سنبينه.

إن العمل القانوني في بيع الأجزاء أو الأعضاء البشرية ممن ينادي بجواز التصرف بالبيع يلزم منا بيان الحكم الشرعي والموقف القانوني من التعاقد على الأجزاء أو الأعضاء الآدمية بالبيع ولهذا لابد من تقسيم هذا الفصل وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: الحكم الشرعي من بيع الأعضاء البشرية.

المبحث الثاني: موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية.

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية.

---

(1) نصت المادة 1/77 من القانون المدني العراقي تأثراً ببعض آراء الفقهاء المسلمين على ما يلي:(1. الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول) ولم ينص المشرع المدني الجديد على ما يقابل ذلك وحسنا فعل.

(2) نصت المادة 85 من القانون المدني العراقي لسنة 1951 على ما يأتي:

(إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب) ويقابلها في المشروع المدني العراقي الجديد ما نصت عليه المادة (316/ أولاً) التي نصت: (يشترط في القبول أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة) ويقابلها في القانون المدني المصري ما جاء في المادة (69).

ومن الجدير بالذكر أن القضاء المصري استلزم هذه المطابقة الكاملة بين القبول والإيجاب في أكثر من قضية عرضت عليه:

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص50.

الدكتور محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، 1951، ص96ـ 97.

الدكتور محمد كامل مرسي، شرح القانوني المدني الجديد، ج1، الالتزامات، المطبعة العالمية بمصر، 1954، ص99.

المبحث الأول

الحكم الشرعي من بيع الأعضاء البشرية

لم نعثر في أدلة الأحكام الشرعية (القرآن الكريم والسنة النبوية)[1]، ما يشير صراحة أو مباشرة إلى مسألة نقل أو غرس الأعضاء البشرية لزرعها في أجساد أخرى. إلا أن هذا لا يعني عجز الشريعة الإسلامية عن مواجهة التطورات الجديدة وإنما يمكن الوقوف على القواعد الكلية الفقهية وما ورد فيها من حالات وأسس للوصول إلى الحكم الشرعي في ضوء الأدلة العقلية لقوله تعالى في سورة الأعراف (آية 179) ﴿وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ ۖ لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَّا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لَّا يَسْمَعُونَ بِهَا ۚ أُولَٰئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ ۚ أُولَٰئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ ﴿١٧٩﴾﴾.

إن ما تناقلته كتب الفقه الإسلامي في هذا المجال لا يتعدى الحالتين الآتيتين:

أولاهما: حالة الانتفاع بلبن المرضعات وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن مسألة جواز التعاقد عليه[2]، وثانيهما ما يخص التعاقد على الشعر واستخدمه للزينة

---

(1) أدلة الأحكام الشرعية ما يستدل بها أو يسترشد بها لبيان الحلال والحرام في المعاملات وأعمال الإنسان الأخرى ومعرفة العبادات وتفاصيلها، والدليل إما شرعي كالكتاب والسنة أو عقلي وهو ما تألف من قضايا عقلية محضة والمركب بينهما. أما مصادر الفقه الإسلامي فهي أصوله التي يقوم عليها وأدلته التي يستند إليها فألفاظ المصدر والأصل والدليل مترادفة ومصادر الفقه الإسلامي هي: الكتاب والسنة والإجماع ثم القياس أو العقل عند البعض من الفقهاء. وأدلة الأحكام الشرعية إما أصلية (القرآن والسنة) أو تبعية كالإجماع والقياس وأخرى مختلف عليها كالاستحسان والمصالح المرسلة وغيرها.

الاستاذ عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج1، 1972، ص553 وما بعدها.

د. محمد رشدي عليان، العقل، بغداد، ط1، 1973، ص15 ـ 18.

(2) يرى الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون بأنه لا يمكن عد اللبن عضواً شأنه في ذلك شأن الدم لذلك فإن عقد الرضاعة (إجارة الضئر) لا علاقة لها بعمليات زرع الأعضاء البشرية.

ويرى الدكتور أحمد شرف الدين في كتابه القيم (الأحكام الشرعية للأعمال الطبية)، 1983، ص118، أن اللبن وهو جزء من الآدمية يتجدد كالدم الذي يستخدم لعلاج المريض وأنهما لا يؤثران على سلامة الصحة والبدن وإذا كانت المصلحة في الانتفاع بالدم مثلاً ترجح على مفسدته فإن المصلحة التي أباحت الانتفاع باللبن، وهي ضرورة الإحياء، تبيح أيضاً الانتفاع بالدم. فالدم واللبن أجزاء من البشر لهما علاقة بسلامة الكيان البدني للإنسان.

الذي لم يجزه الرسول الكريم (ﷺ) وحرمه الأحناف كابن نجيم الذي لم يجز التعاقد على شعر الآدمي وعظمه.

فالتعاقد على لبن الآدمية سنده الشرعي في القرآن الكريم إذ جاء في قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (٢٣٣) ﴾[1].

كما جاء في سورة الطلاق (آية رقم 6) قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى (٦) ﴾.

فالحليب من المرضعة جزء مجدد من الآدمية وهو مال متقوم يمكن أن يكون محلاً مشروعاً للعقد على رأي بعض الفقهاء المسلمين على أساس عقد الرضاعة وهو يقرب من التعاقد على قوة الآدمي (عقد العمل).

وإذا كان جسم الإنسان ليس محلاً للعقد لأنه ليس مالاً فهل إن ما يخرج من جسده أو ينفصل عنه يعد من قبيل الأموال؟

أجاز الأحناف التعاقد على منافع الأشياء (عقد الإجارة) رغم أن المنافع ليست من الأموال عندهم إلا أنه استحسان تبرره الضرورة وأن هذه الضرورة أو الحاجة هي التي تبرر جريان التصرف على بعض أجزاء الآدمي المختلف في اعتبارها مالاً كلبن المرضع (عقد إجارة الضئر)[2]. ولهذا لا نتفق مع الأستاذ الجليل حسن الذنون في عدم وجود

(1) سورة البقرة آية/ 233.
(2) عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، ج3، ط1، 1935، ص 287.
الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي، مطبعة مصطفى محمد، 1936، ص 245 ـ 253.
البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج5، دون سنة نشر، ط1 ص276 ـ 278.

العلاقة بين التعاقد على لبن المرضع وغرس الأعضاء البشرية، لأن اللبن والدم أجزاء من بدن الآدمي المتجددة منه وهي وإن كانت ليست من الأعضاء إلا أنها من أجزاء الكيان البدني التي تمس مبدأ معصومية الجسد.

وإذا كان من الثابت شرعاً أن الإنسان الحر لا يجوز التصرف فيه بأي شكل من أشكال التصرفات الشرعية لأنه ليس مالاً[1]، ولا يصح محلاً للتعامل المالي إلا الأشياء المتقومة لأن الإسلام كرم بني آدم حين قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[2]، ولقوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ۝٤﴾[3]، كما تجلت عظمة الخالق في خلقه بقوله تعالى: ﴿فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَٰلِقِينَ﴾[4].

وإذا كان المال الذي يصلح للتعاقد هو المال المتقوم، وهو ما له قيمة في نظر الشرع ويضمن قيمته من أتلفه كالأرض والمثليات من الموزونات والمكيلات والعدديات، ويقابلها المال غير المتقوم كالخمر والخنزير والدم في حق المسلم الذي لا يضمنه من أتلفه لورود النهي عنهما شرعاً، فإن تعريف المال هو ما خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار لأنه اسم لغير الآدمي[5].

---

(1) جاء في الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للمقدسي، ج2، دون سنة نشر، ص61 ما يلي: (ولا يصح بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وتملكها..) ثم يقول في ص62 هامش رقم 1 إن الإنسان الحر لا يدخل في البيع لأنه مستثنى من البيع بالشرع.
جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ص 277 ما يلي:
(إن ما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون مالاً متقوماً كالخمر ولا يصلح الدم محلاً للعقد لأنه ليس مالاً ولا مباح الانتفاع به).
كما ورد في ص (279) ((...... لم ينعقد ما ليس بمال متقوم كبيع الحر... والميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والصبي الذي لا يعقل والمجنون... وجلد الميتة قبل الدبغ... ولا شعر الآدمي وعظمه)).

(2) سورة الاسراء/ 70.

(3) سورة التين/ 4.

(4) سورة المؤمنون/ 14.

(5) عيسوي أحمد عيسوي، المداينات، رسالة من كلية الشريعة، القاهرة، 1946، ص8.
الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص51 ـ 52.
جاء في كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان بيان لشروط المبيع وأوصافه وفيما يجوز بيعه وما لا يجوز نذكر من هذه المواد التي لها علاقة بالحكم الشرعي من بيع الأعضاء والأجزاء الآدمية النصوص التالية:
المادة 366 (يشترط أن يكون المبيع موجوداً وأن يكون مالاً متقوماً مقدور التسليم وأن يكون معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة).

=

إن المال عند الأحناف ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً جائزاً في غير حالات الضرورة فلا يكون مالاً عندهم إلا عيناً من الأعيان أي مادة لها حيز فلا المنافع ولا الحقوق من الأموال وكذلك الميتة ليست بمال لعدم جواز الانتفاع بها ولا تصلح محلاً للتعاقد (عدا حالة الضرورة) وخالفهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا في المال أن يكون مادة يمكن حيازتها حيازة حسية فالمال عندهم قد يكون مالاً أو منفعة أو من الحقوق إذا جرى التعامل بها وأصبح ذا قيمة مالية، ومن الفقهاء من صرح أن المالية ليست إلا صفة للأشياء بناء على تمول الناس واتخاذهم إياها مالاً ومحلاً لتعاملهم[1].

ويلزم هنا توضيح الشيء والعين والمنفعة والحق من الناحية الشرعية، فالشيء كل موجود حساً كالأجسام أو الأقوال بعد سماعها وهو أعم من المال وعند رجال القانون ما له كيان مادي مستقل يجعله صالحاً لأن يكون محلاً لحقوق الأشخاص فإجراء وأعضاؤه كالقلب والكلية والجلد ما دامت غير منفصلة لا تعد من الأشياء إلا إذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان مستقل أمكن أن تعد من الأشياء، فالشيء لا يكون هنا إلا مادياً وقد يكون معنوياً كالابتكارات وحقوق المؤلفين وهي حقوق معنوية، بينما يراد بالعين ما له وجود حسي يشغل حيزاً في الفراغ فهو أعم من المال

=

المادة 382 (يجوز بيع كل ما كان مالاً موجوداً متقوماً مملوكاً في نفسه مقدور التسليم).

المادة 386 بيع ما لا يعد أصلاً وما ليس بمقدور التسليم وما كان غير محرز من المباحثات ولو في أرض مملوكة للبائع باطل).

جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج5، ط1، ص277:

المال في اللغة ما ملكته من شيء والجمع أموال، والمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية إنما تثبت لتمول الناس كافة أو بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع له شرعاً فما يكون مباح الانتفاع دون تمول الناس لا يكون مالاً كحبة حنطة وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع به لا يكون متقوماً كالخمر وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم.

كما جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، (كتاب البيع)، دون سنة نشر، صيغة العقد والمبيع وشروطه.

وانظر الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي، المرجع السابق، كتاب البيع، ص 253 ـ 256.

(1) الشيخ المرحوم علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، 1969، ص12 ـ 14، هامش رقم1.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج5، ط1، ص 277.

وأخص من الشيء، بينما يراد بالمنفعة كل ما هو خير وضد الضرر وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه من الأعيان أو الأعمال لسد الحاجات وكسب الطيبات[1]. ويراد بالحق الأمر الثابت الموجود أي هو ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته[2] كحق الإنسان في سلامة الكيان الصحي والبدني والحياة الإنسانية وحقه في صيانة سمعته وشرفه وماله من الاعتداء.

والمال غير الملك، لأن الملك يقصد به من الناحية اللغوية كل ما ملكته من جميع الأشياء، إذ إن كل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عيناً أم منفعة، بينما يراد بالمال في اصطلاح الفقهاء ما يميل الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة أو هو كل ما يجري فيه البذل أو المنع، وإذا كان المال هو: اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار، فإن الملك هو: (تمكين الإنسان شرعاً بنفسه أو نيابة عنه من الانتفاع العين ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة)[3].

بناء عليه فالإنسان خلق مالكاً للمال وليس مالاً يخضع للتملك لأن بينهما منافاة[4]، وإذا كانت الحكمة في تحريم بيع الجسد قائمة فإن بيع عضو من الجسد باطلة كذلك لاتحاد العلة التي تدور مع المعلول، ولأن بيع الجزء أو العضو البشري يتنافى والحق في سلامة الصحة والحياة ومبدأ التكامل الجسدي هذا فضلاً عن أن الباعث الدافع على التصرف القانوني ليس مشروعاً لأنه لا يرتكز على قاعدة أخلاقية ويتنافى مع غرض الشارع.

---

(1) الشيخ علي الخفيف، ص14 ـ 15.
الأشباه والنظائر للسيوطي، ص253 ـ 256.
(2) الشيخ علي الخفيف، ص6 ـ 7.
(3) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 51 ـ 52.
الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، نظرية الحق، بحث منشور في (الفقه الإسلامي أساس التشريع)، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب الأول، 1971، ص184 ـ 185.
البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، ص277.
(4) انظر المبسوط للسرخسي، ج15، القاهرة، 1331هـ، ص125.

إلا أن أجزاء جسد الإنسان قد تعد من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها فإنه يجوز له أن يضحي بها في سبيل إنقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقاية لنفسه عند الحنفية[1]. وعند حصول ضرر جسدي لشخص في عينه أو طرفه أو لسانه فإن الدية ليست مقابلاً ولا ثمناً عن الجزء المتضرر أو المستقطع بفعل الفاعل وإنما هي تعويض مادي ومعنوي عن فوات المنفعة للعضو المتضرر.

إن الإنسان لا يجوز له المساس بجسده والتأثير على سلامة كيانه لأن هذا المساس غير جائز شرعاً إلا لضرورة صحية تقضي ذلك وتوجبه[2]، كوجود المرض أو التسمم لأحد الأطراف، أما التعاقد على أعضائه فلا يجوز له شرعاً بيعها سواء أكان العضو منفرداً وبيعه يؤدي إلى الهلاك كالقلب والكبد لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[3]، أم في العضو المكرر، لأن حياة وجسد الإنسان يتعلق فيهما حق الله وحق العبد ومن حقوق الله العبادات والحدود وهي لا يجوز التنازل عنها أو الصلح فيها[4].

أما الدم، وهو جزء من الجسم، هل يمكن قياسه على لبن الآدمية باعتبار أن كلاً منهما يكون من الأجزاء المتجدد فهل يصح التعاقد عليه؟

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني، ج7، ص 257.
(2) الشيخ على الخفيف، الضمان، ج1، 1971، ص233.
(3) سورة النساء آية/ 16.
(4) حق الله ما ليس للعابد إسقاطه وحق العبد ما له إسقاطه، ومن حقوق الله ما هو عبادة خالصة كالإيمان بالله والعقوبة الخالصة مثل حد الزنى والعقوبة القاهرة مثل حرمان قاتل مورثه من ميراثه وحقوق دائرة بين العبادة والعقوبة مثل كفارات من حنث في يمينه ومن حقوق الآدميين ما يكون عنه مصلحة خالصة لصاحبه مثل حق البائع في ملكية ثمن ما باع.
د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، ط3، 1958، ص212 ـ 213.
ويذكر الأستاذ السنهوري في مصادر الحق، ج3، 1956، ص108 ـ 109 (يمكن أن نجد نظيراً، في الفقه الإسلامي، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، فيما يدعى عادة بحق الله أو حق الشرع. وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد).
وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ج5، المرجع السابق، ص276 ما يلي:
(إن المشروعات أربعة حقوق تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمعا وغلب حق الله تعالى وما اجتمعا وغلب حق العبد وقدم الأول لأنه المقصود من خلق التقلين ثم شرع في المعاملات فبدأ بالنكاح وما يتبعه لما فيه من معنى العبادة وذكر العتاق لمناسبة الطلاق في الإسقاط ثم الإيمان بمناسبهما لكليهما ثم الحدود لمناسبتهما لليمين من جهة الكفارة فإنها دائرة بين العبادة والعقوبة والحدود عقوبات...).

نستطيع القول، إن كلمة الفقهاء المسلمين متفقة على بطلان بيع أي جزء من أجزاء الإنسان، عدا لبن المرأة، إما لكرامة الآدمي بجميع أعضائه وإما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفصال الجزء عنه[1]. فالإنسان حياً كان أم ميتاً ليس محلاً ممكناً ولا مشروعاً للمعاملات ولا مالاً لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل ولهذا وجب دفن الإنسان وأجزاءه احتراماً له، وقد جاء في كتب الفقه الإسلامي كثير من القواعد الوافية في شروط وآداب دفن الموتى والجنائز ثم جاء في بدائع الصنائع للكاساني إن (أجزاء الميت لا تصلح للبيع)[2].

فأجزاء الميت ليست مالاً متقوماً بدليل أن الإنسان لا يضمنها بالإتلاف[3].

---

(1) د. محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق السنة 11، 1987، ص253.

(2) ج5، القاهرة، 1910 ص140.

ابن حزم، المحلى، القاهرة، ج1، 1349هـ، ص124.

(3) صحيح البخاري، دار الشعب المصري، 1970، ج2، ص269.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ج5، ص280.

المبحث الثاني

موقف الفقه المدني من بيع الأعضاء البشرية

لم يتفق الفقه المدني الفرنسي والمصري على موقف موحد من الأعمال الطبية في نقل وزرع الأنسجة البشرية ولا على جواز أو تحريم التصرف القانوني بها عن طريق البيع. كما أن هناك من يرفض أساساً فكرة عمليات نقل الأعضاء البشرية لأن هذه العمليات - في رأيه - هي تغيير في خلق الله وقال البعض في هذا الخصوص ما يلي:

(لا يمكن أن يخاطر بإنسان من أجل آخر ولا يمكن لجزء من ميت أن ينقذ حياة.. وليس هناك فرد خالد ولا يمكن الاستغناء عنه في هذا العالم ويتعين ترك الحالات المرضية لتلقى مصيرها كما هو الحال حين يفشل العلاج)[1].

أما اتجاهات الفقه المدني بشأن بيع الأعضاء الآدمية فيمكن حصرها في اتجاهين؛ أحدهما يجيز عقد البيع الوارد عليها ويرى أن ذلك جائز من الناحيتين الشرعية والقانونية، وثانيهما يبطل عقد البيع الوارد على هذه الأعضاء. ونرى رأي وحجج كل فريق على الشكل الآتي:

المطلب الأول: المؤيدون لبيع الأعضاء القائلون إن عقد بيع الأعضاء الآدمية جائز شرعاً وقانوناً[2]

يرى أنصار هذه الاتجاه الأول بأنه إذا كان لا يجوز بيع الإنسان ولا عظمة في مجموعه على أساس أن جسمه لا يدخل تحت الملك لأنه ليس مالاً يخضع للتملك، فإن

---

(1) محمد قطب الدين، قواعد وادب الطب الإسلامي، تقرير مقدم للمؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، الكويت، 1981، ص429.

(2) من أنصار هذا القائلون بجواز عقد بيع الأنسجة البشرية انظر:
الدكتور حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص141.
الدكتور محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، ص257 - 258.
الدكتور أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، ط1، 1987، ص143 - 144.

عدم جواز بيع أعضاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع بها، فيقولون: (وقد يستفاد من ذلك أنه إذا أمكن الانتفاع بها جاز بيعها). أما الثمن فلا أثر لوجوده على انعقاد،أو صحة عقد للبيع لأنه مقابل العضو أو الجزء المتصرف به. ثم إن هذا التصرف القانوني ببيع العضو أو الجزء كالعين أو الكلية وهما من الأعضاء المزدوجة في الجسد لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية وإنما على العكس يتضمن معاني إنسانية إن كان بهدف إنقاذ حياة مريض من الهلاك.

هذا فوق أن بيع الآدمي لجزء من جسده كالدم وهو من الأجزاء المتجددة عند الإنسان لا يتنافى مع حريته فمن باع عضواً مزدوجاً لا يقوده إلى الهلاك أو جزء من بدنه كاللبن أو الدم أو نسيجاً منه كالجلد لا يفقد شيئاً من حريته لاسيما وأن أدلة الأحكام الشرعية أجازت بيع اللبن بموجب عقد الرضاعة (عقد إجازة الظئر) واللبن عند هذا الفريق المؤيد بيع الأعضاء أو الأجزاء البشرية هو (من الأعضاء الآدمية القابلة للتصرف بها) ويقولون حيث إن بيع اللبن جائز عند الشافعية والمالكية فإن القياس هنا جائز إذ يقيسون الدم والأنسجة الأخرى على اللبن.

كما يضيف أنصار هذا الفريق بأن التصرف بالبيع يلزم أن يكون منظماً بألا يترتب عن بيع العضو البشري أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم ويجب أن لا يكون هذا البيع بدافع الشهرة. أي أنهم يرغبون في بقاء الدوافع على التنازل عن الأعضاء أو الأجزاء إنسانية ونبيلة والباعث الدافع على التعاقد هو إنقاذ حياة الآخرين وهو باعث مشروع في الالتزام المدني، بينما لا يكون الأمر كذلك في تسليط الأضواء والشهرة.

بل إن البعض من أنصار هذا الاتجاه القائل بجواز بيع الأعضاء والأجزاء البشرية، قدم اقتراحاته لتنظيم وتسهيل هذه الأعمال القانونية الطبية فاقترح على الدولة إصدار تشريع تذكر فيه أثمان الأجزاء للإنسان وشروط البيع (في حالتي البيع

بالجملة والمفرد!!) لأنه يعتقد أن بيع الأعضاء حسب التسعير الجبري من الدولة لن يغير من طبيعة الإنسان ولن يهدر كرامة الآدمي وحيث إن محل العقد هو مشروع فلا معنى للتفرقة عنده بين البيع والتبرع[1].

ويضيف البعض قائلاً في أنه لا ضير أساساً من قبول فكرة البيع الواردة على الأعضاء والأجزاء البشرية وأنه في سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن يمكن البدء بأن يكون المقابل في صورة وثيقة تأمين على الحياة لمصلحة المتنازل وأولاده[2]. فعنده أن العوض أو الثمن النقدي يمكن أن يكونا كمقابل للعضو أو الجزء المتنازل عنه.

أما عن الجثة، فإن البعض يذهب قائلاً إلى جواز بيعها، فالبيع جائز على أجزاء الإنسان الحي أو جثة الإنسان الميت لأن من يملك الإيصاء يملك التصرف بمقابل وأن الباعث الدافع الرئيس هو خدمة الناس والعلم وما المقابل إلا مسألة ثانوية، إلا أن صاحب هذا الرأي يعترف في أنه لن يجد إلا قلة من المؤيدين لرأيه[3].

وعلى الرغم من إجازة بيع الأعضاء الآدمية وأجزاء البشر من هذا الفريق إلا أنهم يترددون في إطلاق حرية البيع ويخضعون التصرف لجملة من الشروط الضوابط. ولعل من المفيد نذكر الرأي التالي:

((نخلص مما تقدم في البحث إلى النتيجة الآتية:

يجوز بيع الأعضاء الآدمية للحاجة، وأنه ما دامت الحاجة هي مبرر الحكم بالجواز، فلا بد من أن يكون بالقيود والشروط الآتية:

---

(1) انظر رأي الدكتور حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص141.

(2) انظر رأي الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص50.

(3) الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص143 ـ 144، نبذة 60 ـ 61. بيع الجثة فعل غير شرعي من حيث المبدأ فلن يصبغ عليه الشرعية التبرع بها ثم إن العبرة بالباعث الرئيس لا الباعث الثانوي ويقول إن مقصدي خدمة العلم والإنسانية حتى ولو كان ذلك على حساب مشاعر الناس لاصطدامه بكل جديد حتى يعود لإيمانه الصحيح واقتناعه بأن الجثة ستتحول إلى ذكرى في فترة وجيزة، ويستشهد بقول لأسماء بنت أبي بكر حين قالت (أنه لن يضير الشاة سلخها بعد ذبحها).

1. أن لا يكون في بيعها تعارض مع الكرامة الآدمية، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.
2. أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له، وأن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.
3. أن يدفع البائع ببيع عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.
4. أن لا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص (كالشعر) أو مبدأ شرعي آخر غير ما ذكر (كالحيوانات المنوية للرجل).
5. أن لا يكون هنالك أية بدائل صناعية للأعضاء الآدمية تقوم مقامها وتغني عنها.
6. أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر الشروط المتقدمة))[1].

المطلب الثاني: الرافضون لبيع الأعضاء القائلون إن عقد بيع الأعضاء الآدمية باطل شرعاً وقانوناً[2]

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية أو أجزائها أو الجثة باطل حتى ضمن الضوابط القانونية الموضوعة من أنصار الاتجاه الأول فالبيع عندهم غير جائز بصورة مطلقة.

لأن محل الحقوق هي الأموال وليس الأشياء فالشيء لا يصلح محلاً ما لم يكن من الأموال المتقومة، وإن جسد الإنسان وأعضاءه ليست مالاً حتى يصلح للتعامل فقد

---

(1) د. محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق، ص 263.
(2) من أنصار هذا الاتجاه في الفقه المدني الفرنسي الأستاذ سافاتيه، وفي الفقه العربي انظر:
- الدكتور أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص94.
- الدكتور هاشم جميل عبدالله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، شباط 1988، ص 79.

كرم الخالق الإنسان ولم يعامله معاملة الأموال ثم إن لبن الآدمية ليس مالاً متقوماً لأن لحم بني آدم حرام والألبان تابعة للحوم وإذا جاز الانتفاع بها لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه[1].

ويذكر جانب من الفقه في العراق أن ((شراء عضو إنسان عند الاختيار أمر غير جائز وذلك لأن كثيراً من الفقهاء كأبي حنيفة ومالك وأحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي قد ذهبوا إلى عدم جواز بيع لبن المرأة وشعر الإنسان))[2]. ثم يضيف متسائلاً هل يمكن القول بجواز البيع عند الاضطرار؟ فيجيب قائلاً: ((الذي يبدو لي أنه يرخص له بالشراء مع قولنا بعدم جواز البيع ونظير ذلك مسألة بيع المصحف عند بعض الفقهاء))[3].

لقد أوجب الحنابلة أن يكون المبيع مالاً وهو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة فيجوز بيع حيوان وعقار، وإن كره الإمام أحمد بن حنبل بيع بعض الحيوانات وحرم بيع المصحف ويلزم بذله لمن احتاج إلى قراءة ولا يصح بيع الدم والخنزير والحشرات كما لا يصح بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وتملكها[4]. وإلى هذا ذهب الأحناف الذين حرموا كذلك بيع جلد الميتة قبل الدبغ وجلد الخنزير مطلقاً وعظمه وشعره وعصبه وشعر الآدمي وعظمه[5].

بل إن بعضاً من الحنابلة ذهب إلى تحريم قطع أي شيء من الميت وإتلاف ذاته وإحراقه ولو أوصى به[6]، إلا أن قطع أجزاء من الإنسان الحي قصاصاً أو حداً لا يوجب الضمان إذ

(1) د. أحمد شرف الدين، ص116، وانظر المراجع التي يشير إليها.
(2) د. هاشم جميل عبد الله، البحث السابق، ص79.
(3) د. هشام جميل، البحث السابق ص79.
(4) الإقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل، للمقدسي، المرجع السابق، ص60 وما بعدها.
(5) البحر الرائق شرح الدقائق، لابن نجيم، ص279 ـ 280.
(6) كشاف القناع للبهوتي، القاهرة، ج3، 1947، ص127.

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي ما يلي: ((قال مالك أمره اقطع يدي ففعل فسرى فهدر على الأظهر ومنها لو قطع قصاصاً أو حداً فسرى فلا ضمان))[1].

كما جاء في المغني لابن قدامة ما يلي: ((الدماء لا تستباح بالإباحة والبذل وإذا كان لا يحل قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحق للغير بذله))[2]، وذكر السرخسي في المبسوط أن الإنسان خلق مالكاً للمال وليس مالاً يخضع للتملك[3].

أما في الفقه المدني الفرنسي الحديث فإن من أبرز الآراء الرافضة لبيع الأعضاء البشرية الأستاذ سافاتيه Savatier إذ قال ما يلي: (إن جسد الإنسان ليس محلاً للتجارة ولا محلاً للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو على المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتناول عن جزء من جسمه لشخص آخر الحب وليس المال)[4] وذهب إلى هذا الاتجاه كثير من الفقهاء والشراح والتشريعات الأجنبية والعربية.

فالاتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب إلى بطلان أي اتفاق يتعارض وحق الإنسان في تكامل جسده ويعتبرون ذلك باطلاً لمخالفته قواعد النظام العام ويقع باطلاً كل اتفاق يتعارض وسلامة الإنسان وحياته ومنها بيع الأعضاء البشرية أو الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها إذا كان الاتفاق مستهدفاً الإعفاء من الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم. فيرى الأستاذ (ديموج): (يعتبر باطلاً كل اتفاق يتعارض مع سلامة الإنسان وحياته) وقد أقر هذا المبدأ الفقهاء (بلانيول) وربير وايسمان[5].

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص97، القاعدة 16.
(2) ج15 ، المرجع السابق، ص125.
(3) ج15 ، المرجع السابق، ص125.
(4) تفصيل ذلك انظر بحثه المقدم عام 1969 عن مشاكل زرع الأعضاء البشرية مشار إليه في مؤلف الأستاذ الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص129 ـ 130.
(5) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص224. وانظر مقال الأستاذ سافاتيه، دالوز 176/1/1938.

كما يرى الأخوان (مازو) أن جسد الإنسان وحياته لا يمكن أن يكون محلاً للتعاقد وأي اتفاق يمس سلامة البدن يقوم على الغش أو الخطأ الجسيم باطل[1].

رأينا من بيع الأعضاء والأجزاء البشرية:

ظهر لنا من عرض الآراء المتقدمة إلى أن هناك من يرى إطلاق حرية التعاقد على الأنسجة والأجزاء البشرية ويفضل ترك الأمر لقوانين العرض والطلب، وآخر يقترح التسعير الجبري منعاً للسوق السوداء ومنعاً للاستغلال والغبن أي تنظيم عمليات البيع وهناك من ذهب إلى جواز البيع ضمن الشروط والضوابط التي تقيد من الإطلاق الذي يراه البعض وآخر بطلان البيع بصورة مطلقة وبعضهم أجازه عند الضرورة فقط.

وليس هناك أدنى شك في أن ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي صريح وواضح حيث قرروا بطلان التصرف القانوني في بيع أجزاء الآدمي وهو اتجاه ينسجم والقواعد الخلقية الدينية. ونضيف أن أجزاء الميت أو الحي بعد قطعها طاهرة ورغم طهارتها فهي ليست من الأموال ولا تصلح محلاً لعقد البيع[2] ونضيف ما يأتي:

---

(1) MAZEAUD (H.J.L.) OP. P. 610.

(2) قد يكون محل العقد طاهراً أو نجساً إلا أنه يباح الانتفاع به شرعاً، كما أن أركان البيع مختلفة عند الفقهاء فهي عند الحنيفة ركن واحد (صيغة العقد) وعندهم غيرهم ستة وأن شروط بيعه ما يلي:

1. أن يكون طاهراً لأن بيع النجس لا ينعقد.
2. يصح الانتفاع به شرعاً.
3. مملوكاً للبائع.
4. أن يكون مقدوراً على التسليم.
5. أن يكون المبيع معلوماً.
6. الا يكون العقد مؤقتاً.

انظر: عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، ج2، ص 147.

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول، البيوع، كتاب البيع.

شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (كتاب اللبيع).

الإقناع، للمقدسي، ج2، المرجع السابق، ص56 وما بعدها.

ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ص276.

وفي نطاق الفقه المدني يكون الشيء غير صالح للتعامل فيه لأن الغرض الذي خصص له يتعارض مع التعامل فيه كالأموال العامة أو لأن التعامل فيه يعتبر مخالفاً النظام العام والآداب فيه العامة لتعلقه بقواعد أمره أو لأن طبيعة الشيء تتنافى مع هذا التعامل كالإنسان وأعضائه وأجزائه، فالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم أنه إنسان، وذلك بعد تحريم الرق.

=

إن بيع الأنسجة البشرية وأجزاء الإنسان حرام شرعاً وباطل قانوناً إذا انصب التصرف القانوني في شكل البيع إلا أن الضرورات تقدر بقدرها، كأن يوجد شخص على شفا حفرة من الموت وطلب من آخر إنقاذ حياته وأراد العوض، فالعوض ليس للمبيع وإنما هو عون للمتنازل على مواجهة ما يخفيه المستقبل من مضاعفات في صحته ولا ينبغي أن يكون الباعث الدافع الرئيس على التعاقد هو الحصول على الثمن النقدي.

فالأعضاء الآدمية وأجزاء الإنسان كالدم واللبن من المرضعة أو الجثة إنما يكون التعاقد عليها بالبيع منافياً لحقوق الله على الجسد والروح والإنسان ليس له إلا الانتفاع بروحه وجسده بما يؤدي وظيفته في الحياة وهو ليس مالكاً لأعضاء بدنه ولا لجسده فلا يملك التصرف بها وهو يأثم عندما يلحق الأذى بروحه وجسده.

هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التصرف القانوني لا يرتكز على قاعدة أخلاقية فبيع الدم عمل مشين يبعث على الاحتقار لصاحبه والحط من الآدمية حتى وإن كان بهدف إنقاذ حياة الآخرين. وقد أوضحنا أن القاعدة العامة في الالتزامات المدنية وجود سبب للالتزام العقدي هو الباعث الدافع المشروع على التعاقد (وهو رأي المالكية والحنابلة) ويرتكز على قاعدة أخلاقية وصولاً إلى النتيجة القانونية. فلو طبقنا ذلك على التزام الشخص في بيع الكلية مثلاً لوجدنا أن النتيجة غير صحيحة والالتزام باطل:

القاعدة ← الالتزام المدني (بيع العضو) ← القاعدة الأخلاقية نتيجة الالتزام المدني.

= الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، 1956، ص88.
ومن الجدير بالذكر أن بيع الرقيق كان جائزاً في موريتانيا حتى عام 1980 حيث صدر قانون تحريم بيع الرقيق والاتجار به وإن كانت آثاره لا تزال قائمة من الناحية الاجتماعية. بل إن شبكات بيع الأطفال من اليمن إلى السعودية قائمة مع الأسف الشديد.

التطبيق ← 1- المحل غير مشروع (ليس مالاً) ← الحصول على مقابل نقدي لا التضحية أو نكران الذات أو الإيثار ← التزام لأنه يمس بالبدن ويحدث العاهة لرجحان الخطر على المصلحة وهو الحصول على النقود. 2- الباعث غير مشروع.

وإذا كانت بعض الالتزامات المدنية وإن كانت غير مرتكزة على قاعدة أخلاقية أو تتعارض ومبادئ الأخلاق إلا أنه يجب تنفيذها طبقاً للقانون العراقي وبعض القوانين المدنية العربية كالفائدة القانونية (التعويض القانوني) والربا المسموح بنسبة القانونية في عقد القرض، إلا أن كثيراً من الالتزامات تقوم على قاعدة أخلاقية نبيلة تنسجم مع مفاهيم وقيم المجتمع. والصلة بين الالتزام المدني والقاعدة الأخلاقية وثيقة رغم أن دائرة الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون.

ومما يدخل في القاعدة الأخلاقية واجب الإنسان نحو نفسه ومنع أي أذى جسدي بالكيان البدني (الأخلاقية الفردية Morale individulle) وواجب الشخص نحو غيره (الأخلاقية الاجتماعية Morale Sociale) فالقانون يتدخل لتأكيد القواعد الأخلاقية كتدخله لمنع الإجهاض حفاظاً على حياة الجنين وسلامة بدن الأم وكمنع الانتحار وعقاب كل من حرض أو ساعد الانتحار أو ألحق الأذى بحسمه تهرباً من الخدمة الوطنية العسكرية وكمنع ممارسة البغاء وغيرها[1].

---

(1) خصص المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل الكتاب الثالث للجرائم الواقعة على الأشخاص وتكلم في الباب الأول عن (الجرائم الماسة بحياة الإنسان وسلامة بدنه) وخصص للقتل العمد (المواد 405، 409) ثم بين في المادة 408 للانتحار على النحو التالي:

(1 ـ يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات من حرض شخصاً أو ساعده باية وسيلة على الانتحار إذا تم الانتحار بناء على ذلك. وتكون العقوبة الحبس إذا لم يتم الانتحار ولكن شرع منه.

2 ـ إذا كان المنتحر لم يتم عشرة من عمره أو كان ناقص الإدراك أو الإرادة عد ذلك ظرفاً مشدداً ويعاقب الجاني بعقوبة القتل عمداً أو الشروع فيه، بحسب الأحوال، إذ كان المنتحر فاقد الإدراك أو الإرادة.

3، لا عقاب على من شرع في الانتحار). غير أن قانون العقوبات العسكري رقم 13 لسنة 1940 المعدل يعاقب على حالة الشروع في الانتحار تخلصاً من الخدمة العسكرية ولا شك أن في هذا عدم انسجام بين القانونين (المادة 73).

الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 31 ـ 32.

الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، القاعدة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 84.

لذلك فإن الاتجاه الصحيح أن يتدخل المشرع صراحة لسد النقص في ميدان بعض الأعمال الطبية بالنص على بطلان بيع أعضاء أو أجزاء الإنسان لأي سبب كان تأكيداً للمفاهيم الأخلاقية الفردية والاجتماعية، إذ لا يكفي النص على تحريم أو بطلان بيع اللذة الجنسية في قانون البغاء وإنما ضرورة النص.

فضلاً عن ذلك فإن جميع الأديان السماوية رفعت مكانة الإنسان بين المخلوقات وحظرت التعامل المالي على جثته بعد وفاته أو على أجزائه في أثناء الحياة تكريماً له.

إلا أنه قد يصعب الحكم في بعض الحالات عن بعض التصرفات القانونية ما إذا كانت عملاً باطلاً أو هي صحيحة كالمقايضة بين كلية أو قرنية أو كمية من الدم من فصيلة نادرة (ـ 5) لقاء إيجاد عمل شريف للمتنازل لكي يعيش أو لقاء قطعة أرض زراعية يفلحها أو شقة سكنية يسكن فيها مع أسرته، فما هو الحكم القانوني؟

لم تجز بعض المنظمات[1]، مثل هذه التصرفات القانونية رغم أن جوهر الالتزامات المدنية يختلف كثيراً عن حالة بيع الأعضاء الآدمية بسبب الحاجة إلى المال، ومثل هذه الأعمال تكثر في ظل المجتمع الرأسمالي حيث ينتعش الاستغلال من القوي للضعيف وينشط دور السماسرة والتجار.

هذا بالإضافة إلى أن أنصار بيع الأعضاء الآدمية لم يتطرقوا إلى مسألة موضوع أهلية المتنازل وحكم تصرفه وهل يعني ذلك الرجوع للقواعد العامة أم أن لها قواعد خاصة؟ ثم كيف لم يلحظ أنصار هذا الاتجاه أن كثيراً من الفقه الفرنسي والعربي، وسبقهم إلى ذلك الفقه الإسلامي، منعوا البيع الوارد في هذا

(1) حاول بعض الأطباء الأمريكيين استحصال الحكم القانوني بإجازة أعمال المقايضة على الأعضاء البشرية ولم تقبل جهات متعددة منها (منظمة الغذاء والدواء الأمريكية) التي رفضت ذلك. في حين أن رجل الأعمال الكندي (ايدان فينغرست) اقترح عام 1984 أن تتم التسوية مسبقاً بين البائع (الفقير) والمشتري (الغني) على أسعار أجزاء الجسد وفي أن يضع البائع بدنه بعد موته في خدمة من يرغب بشرائه على أن يكون الدفع مقدماً وللبائع الحق في بيع أعضائه وإجرائه بالتقسط.
صحيفة الثورة البغدادية ليوم 1988/6/30، ص 12.

الخصوص حفاظاً على كرامة الآدمي؟ ونعتقد أن الثمن النقدي يحط من القيمة الإنسانية للإنسان ويشجع على السمسرة ويفقد القيم.

فأي شعور يدور في خلد من يقبض ثمناً لقنينة من دمه قياساً إلى مشاعر الشخص الذي يهب لنجدة مريض متبرعاً إنقاذاً لحياته ولا يدفعه سوى حب الخير والإيثار والتضحية والقيم الإنسانية النبيلة؟ والفارق بين الاثنين ليس كبيراً بل عظيم ويستحق الثاني والتقدير وللأول الاحتقار والاستهجان. وكذا الحال فيمن يبيع جثته مسبقاً وبين من يوصي بجثته للأغراض العلمية والتشريحية خدمة للإنسانية.

ونقترح بهذه المناسبة على دوائر الدولة والقطاع الخاص تقديم المكافآت والتكريم لمن يضحي من أجل الآخرين فتقوم شركة التأمين مثلاً بتقديم بوليصة تأمين على الحياة لمدة 10 سنوات بمبلغ معين وتتولى الصحف الإشادة باسمه وتذكير الناس بدوره من أجل توطيد القيم الخيرة في المجتمع. ثم إن المساس بالتكامل الجسدي في الحالتين قائم إلا أن الثاني كان باسم القيم الإنسانية والتضامن الاجتماعي لا من أجل الدراهم المعدودة والإنسان أسمى من أن تقيم أعضاؤه بالنقود، فهو القيمة العليا وهو أرقى المخلوقات.

والخلاصة فإن الحقوق المتعلقة بشخص الإنسان عديدة منها حق الشخص في سلامة كيانه البدني وحياته في مواجهة الغير والشخص نفسه وحقه في سلامة كيانه الأدبي كالشرف والسمعة والاعتبار وفي سلامة حرياته الشخصية، غير أن أهم هذه الحقوق (الحق في الحياة)[1]. فلا يجوز الاتفاق بين طرفين على أن يقوم

---

(1) انظر حول ذلك تفصيلاً:

JEAN CARBONNIER ،DROIT CIVIL ،op cit. (pp. 234 ،235).
BORIS STARCH ،DROIT CIVIL ،op. cit. pp. 79 _ 81.
BERNARD TEYSSIE ،DROIT CIVIL ،op. cit. pp. 14 _ 16.

أحدهما القيام بقتل آخر رحمة به إذ ليس للإنسان سلطة على روحه ولا على جسده ومثل هذا الفعل لا يعفي الجاني من المسؤولية الجنائية والمدنية حتى لو أثبت رضاء المجني عليه بذلك.

ومن البديهي أن مسألة الحقوق الطبيعية اللصيقة بشخص الإنسان المشار إليها ترجع إلى الفقه الإسلامي[1]. كما تركت مدرسة القانون الطبيعي تأثيراتها الواضحة في الفقه المدني الفرنسي وعلى واضعي القانون المدني الفرنسي، وهي تقر أن الإنسان يولد حراً بطبيعته وليس لأي سلطة مهما كانت أن تحد من هذه الحرية إلا بالقدر الذي يحقق سعادة المجتمع، ومن أنصار مدرسة القانون الطبيعي (القديس توما الاكويني) ثم جاء من بعده كروسيوس.[2]

الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحميد الجمال، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.
الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص511 وما بعدها.

(1) انظر الدكتور محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، شباط 1976، ص258.

(2) تفصيل آراء توما الاكويني وكروسيوس، انظر:
الدكتور منذر الشاوي، مذاهب القانون، مجلة العدالة، العدد 2 السنة 1، 1975، ص 331 ـ 332.
د. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء، ص 24 ـ 25.
د. حسام الاهواني، المرجع السابق، ص22 وما بعدها.
الدكتور بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص121.

المبحث الثالث

موقف التشريعات الوضعية من بيع الأعضاء البشرية

لم تتفق التشريعات الوضعية على اتجاه موحد من تنظيم الحكم القانوني للعمل الطبي في نقل الأجزاء والأعضاء البشرية. فالبعض من الدول نصت على بعض جوانب هذا الحكم في القانون المدني وضمن مبدأ حرمة جسد الإنسان، بينما تركت بعض الدول تنظيم عمليات نقل الأعضاء لقوانين متفرقة، بعضها يتعلق بنوع العضو البشري المراد نقله وغرسه كالعين أو الكلية، وبعضها يخص الجثة بينما لم تنظم بعض الأعمال الطبية كنقل الدم حتى الآن بقانون معين كما هو الحال في العراق.

وقد جاءت قلة من القوانين صريحة في معالجة موضوع التصرف القانوني ببيع الأجزاء والأعضاء البشرية أو بيع الجثة ومن هذه القوانين القانون المصري الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم الذي أباح البيع، في حين أن تشريعات أخرى سكتت عن بيان الحكم من جواز أو عدم جواز التصرف بالبيع، بينما ذهبت الكثير من التشريعات إلى تحريم بيع الأعضاء البشرية وعدته تصرفاً باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب الحسنة.

ولغرض إلقاء الضوء على أهم هذه التشريعات وبيان مواقفها المتباينة من بيع الأجزاء والأعضاء الآدمية لابد من تقسيم المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: موقف المنظمات الإقليمية والدولية.

المطلب الثاني: حكم بيع الأعضاء في الدول الأجنبية.

المطلب الثالث: حكم بيع الأعضاء في بعض القوانين العربية.

المطلب الأول: موقف المنظمات الإقليمية والدولية

لم تغفل اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب مسألة بيع الأعضاء الآدمية ففي اجتماعها المعقود في تونس (كانون الأول 1986) الذي خصص لنقل وزراعة

الأعضاء الجسمية للإنسان، درست الموضوعات المتعلقة بالموضوع وأعد مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية فجاء في المادة (7) منه ما يلي:

((يحظر بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك)).

وإذا كانت اللجنة الفنية اتخذت موقفاً صائباً من مسألة حظر التعاقد بالبيع على أعضاء الجسد، وأغفلت الإشارة إلى الأجزاء كالدم، إلا أنها لم تكن موفقة في صياغة النص المقترح لأن النص ورد مطلقاً في الحظر وهو اتجاه غير صحيح. وفي اعتقادنا يلزم التفرقة بين الثمن النقدي كمقابل مادي في عقد البيع وهو ما يجب اعتباره من الالتزامات الباطلة ومنع الطبيب الاختصاصي أو المستشفى من مباشرة إجراء العملية عن العلم بذلك، وبين المقابل العيني أو النقدي أو الاثنين معاً الذي يقدمه المتلقي أو أسرته تعبيراً عن العرفان والتقدير والمحبة للموقف من المتنازل، وللتمييز بين الحالتين يتم الركون إلى مختلف الظروف.

فالمقابل الأخير التزام صحيح من المتلقي ويكون التزام الواعد بإرادته المنفردة معلقاً على شرط واقف ولا يؤثر هذا المقابل في بطلان الالتزام المدني. فالمتلقي للعضو أو أسرته مثلاً لابد أن يعبروا عن مشاعرهم لمن أنقذ حياة الشخص المريض وقد لا تكفي الألفاظ عن هذه المشاعر فتقدم للمتنازل قطعة أرض أو سيارة أو شقة سكنية أو بوليصة تأمين على الحياة أو كمية من الذهب والنقود أو غيرها. ورغم أن النتيجة واحدة هو وجود المقابل المادي إلا أن الفارق كبير بين الحالتين.

أما منظمة الصحة العالمية فقد جاء في تقرير المدير العام للمجلس التنفيذي في الدورة 79 المؤرخ (1986/12/3) على أن الاتجاه العام في المنظمة من أعضائها هو حظر بيع العضو البشري لأنه من الأعمال غير الأخلاقية أن يقدم الشخص أحد أعضائه لقاء ثمن نقدي، إلا أنه ليس من قبيل عدم الأخلاق تعويض مانح حي عن نفقاته الشخصية

أثناء فترة التحضير وعن العملية الجراحية التي تجرى له وعن فترة الشفاء ما بعد العملية،[1] لاسيما وأن القدرة على الكسب ستكون أقل من السابق.[2]

كما أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في جدة في شباط 1988 عمليات زرع الأعضاء البشرية والحكم الشرعي منها إلا أنه اشترط أن يتم نقل وزرع الأعضاء ليس عن طريق البيع للأعضاء، فجاء عن المجلس في إحدى قراراته ما يلي:

((إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بمال ما، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً فمحل اجتهاد ونظر)).[3]

المطلب الثاني: حكم بيع الأعضاء في الدول الأجنبية

لم تكن التصرفات القانونية على الأعضاء البشرية عن طريق التعاقد عليها بشرائها من أصحابها محظورة في الولايات المتحدة الأمريكية وإنما كانت خاضعة للعرض والطلب والمساومة على الثمن، فمن يملك المال يحصل على ما يريد حتى صدور (القانون الوطني لغرس الأعضاء) عام 1984 إذ حلت هذه المشكلة وتم منع البيع في ميدان غرس الأعضاء البشرية.[4]

وعلى الرغم من وجود هذا المنع الواضح في تحريم بيع الأعضاء البشرية، إلا أن الجسم البشري ظل مادة تجارية رابحة بيد السماسرة والمهربين الأمريكيين يبيعون

---

(1) البند 7 ـ 2 من جدول الأعمال المؤقت للتقرير المذكور ص 11.

(2) ذكر الفقه المدني أن التجارب أثبتت عدم تحقيق الأضرار للمتنازل عن الكلية فلا تنقص قدرته الجسدية بل يمكن للإنسان أن يحيا بكلية واحدة وقدرت وكالة التامين الأمريكية نسبة الخطر 0.12 ٪ وهي شبيهة بمن يسير بسرعة 16كم في الساعة بسيارة في يوم عمل من حيث درجة المخاطر بينما تكون نسبة الفائدة للمتلقي 100٪ .
د. حسام الاهواني، المرجع السابق، ص 36.
د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 29.

(3) الفقرة (سابعاً) من قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في جدة 6 ـ 11 شباط 1988.

(4) البند 7 ـ 2 من جدول الأعمال المؤقت للمجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية ص 11.

الأجزاء والأعضاء كأي سلعة تجارية تحقق لهم الأرباح الكبيرة حيث بدأت المتاجرة أولاً بأجساد الأطفال، ففي 1987/5/10 كشف النقاب في غواتيمالا عن تصدير (12) طفلاً تتراوح أعمارهم بين خمسة أشهر إلى 11 سنة إلى الولايات المتحدة الأمريكية وانتزعت بعض أعضائهم من أبدانهم لغرسها في أجساد أبناء الأثرياء.[1]

وطبقاً للقانون الإنجليزي Common Law، إن الشخص لا يملك حرية التصرف القانوني بجسده إذ يحظر القانون الإنجليزي التصرف ببيع جثة الشخص أو العضو الجسدي أثناء الحياة إلا أنه يجيز للإنسان أن يحدد طريقة الدفن أو تشريح الجثة أو الوصية بها إلى جهة علمية أو مركز بحث علمي.[2]

كما يستطيع الشخص أن يطلب تجميد جثته بعد وفاته أملاً في العثور على العلاج للمرض الذي مات بسببه من أجل مصلحته وفائدة الجميع.

وإذا كانت فكرة معصومية جسم الإنسان وقدسيته لم تجز المساس بكيان الإنسان فلم تنظم القوانين المدنية إلا المعاملات المالية فإن الاتجاه الحديث يجيز المساس بجسد الإنسان في مجالات ثار حولها الجدل والاختلافات الفقهية والتباين في النصوص القانونية وتنشأ المسؤولية المدنية أو الجنائية عند تجاوزها، غير أن الاتجاه العام بقي في إطار المحافظة على هذه القدسية ومنع بيع الأعضاء البشرية أو جثة الإنسان لأن هذا التصرف يتنافى وهذه القدسية.

---

(1) كشف هذه الواقعة (بودلير هيشو) مسؤول الشرطة الوطنية وذكر بأن هذه المرة هي الرابعة خلال ستة أشهر يتم فيها اكتشاف بيوت التسمين في كل من غواتيمالا وهندوراس لأعداد الأطفال وتصديرهم إلى الجهات الثرية المستفيدة.
وانظر: تصريح وزير الصحة الهندوراسي بهذا الخصوص.
جريدة الثورة البغدادية، (التقارير الأجنبية)، صحيفة يوم 30 ـ 6 ـ 1988، ص12.

(2) الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص162.
وفيما يخص سلامة الكيان البدني والمساس به بالانتحار، كان القانون الإنجليزي يعاقب من يحاول الانتحار منذ عام 1854 حتى عام 1961 حيث ألغيت العقوبة وبقيت المسؤولية الجنائية قائمة على من يشترك أو يساعد أو يحرض على محاولة إيذاء النفس بالانتحار وقد تمتد عقوبة الشخص المذكور لمدة لا تزيد على أربعة عشر سنة.

ففي فرنسا اتجه الرأي في ميدان الفقه المدني إلى حماية الكيان البدني للإنسان في مواجهة الغير من جميع أشكال الأذى بسبب الضرر الجسمي سواء نشأ عنه ضرر مادي ومعنوي أم مساس معنوي فقط، ومن أوجه الحماية التشريعية لهذا الكيان حق المضرور في طلب التعويض عن الأضرار البدنية لغرض إثبات أو نفي البنوة مثلاً إلا أنها لا تستطيع إجباره على ذلك،[1] لأن هذا الإجبار يتعارض وحق الإنسان في سلامة الكيان الجسدي.

إن النظام القانوني الفرنسي يخلو من تنظيم تشريعي لموضوع بيع الأعضاء البشرية فهل يعني ذلك جواز البيع لغياب النص التشريعي؟

للإجابة عن ذلك نقول إن غياب النص التشريعي في فرنسا لا يعني إباحة عمليات زراعة الأعضاء البشرية بكل حرية دون ضوابط وإنما يلزم خضوع الأعمال الطبية للنظرية العامة للالتزامات المدنية في قانون نابليون 1804 وقانون العقوبات الفرنسي (المادتان 309 و311) عند حصول الضرر بسلامة الكيان البدني.[2]

ومن الاتفاقات لمخالفتها للنظام العام وقواعد الآداب الحسنة بيع الأجنة الساقطة والمواليد الحديثة الميتة، وقد تبين أن بعضاً من المصانع المختصة في إنتاج مساحيق التجميل في جنوب فرنسا تقوم بشراء هذه الأجنة والمواليد من المستشفيات الإيطالية.[3]

---

(1) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالحميد الجمال، المرجع السابق، ص 327.

(2) صدر في فرنسا مرسوم في 20 ـ 10 ـ 1947 ينظم بعض عمليات زرع الأعضاء البشرية الذي رخص للمؤسسات الطبية تطبيق التشريح على الجثة ونقل الأعضاء بهدف علمي أو علاجي ولم يذكر حالة التصرف القانوني بالبيع. ثم صدر قانون رقم (76/7787) في 22 ـ 12 ـ 1976 اجاز بموجبه التبرع بالعضو البشري من الشخص البالغ المتمتع بقواه العقلية وموافقة الولي مختصة فإن رفض القاصر ذلك يلزم احترام رغبته. إلا أن القانون جاء خالياً من الإشارة إلى حكم بيع العضو البشري.

د. عادل عبد إبراهيم، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مونبلية 1987 (بالفرنسية). انظر الفصل الخاص بزراعة الأعضاء البشرية.

(3) اكتشف عمدة مرسيليا عام 1984 هذه الحالة ونشرتها الصحف الفرنسية والجزائرية وبتاريخ 30 ـ 6 ـ 1988 نشرت جريدة الثورة البغدادية (ص12) خبراً تحت عنوان (سماسرة للمتاجرة بأعضاء الجسم ومافيا لتهريب قطع الغيار البشرية) جاء فيه: أن أحد أساتذة جامعة سيئول في كوريا الجنوبية كان يقوم بإجراء العمليات القيصرية للحوامل اللواتي لم يكملن بعد الشهر الثامن من الحمل بحجة وجود المضاعفات الولادية لغرض الاستفادة من أعضاء الجسم للجنين. وصرح للصحيفة اليابانية (اساهي شيمبون) أنه في عام 1969 كانت مختبرات الصحة والأدوية (فلو) في

وطبقاً للقانون الفرنسي، فإن المادة 6 نصت على بطلان كل اتفاق يخالف النظام العام والآداب العامة [1]، كما نصت المادة 1128 على أنه لا يمكن أن يكون محلاً لاتفاق مشروع إلا الأشياء الداخلة في المعاملات، ثم نصت المادتان 1131 و1133 على بطلان الالتزام إلا إذا كان الباعث الدافع الرئيس غير مشروع [2]، يمكن أن يجعل من اتفاقات بيع الأعضاء البشرية باطلة.

غير أن هذه القواعد العامة تظل عاجزة عن تنظيم تفاصيل الأحكام القانونية للأعمال الطبية ومنها مسؤولية الطبيب أو المستشفى ودورهم في حالة العلم بعملية البيع للعضو البشري وغيرها.

إن الاتجاه السائد فقهاً في فرنسا عدم إطلاق إباحة عمليات زرع الأعضاء البشرية (آراء الفقهاء سافاتيه وديموج وبلانيول وربير وايسمان ومازو) لأن مثل هذه الأعمال الطبية تخالف القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي ونصوص محل الالتزام العقدي وسبب الالتزام وتتنافى مع الحق في سلامة البدن لأن سلامة الحياة والجسد فوق كل اعتبار ولأن الحياة لا تدخل في التعامل المالي وأن رضى المتنازل عن عضو من جسده لقاء ثمن نقدي باطل.[3]

روكفيل بماريلاند في أمريكا قد عرضت عليه خمسة عشر دولاراً لقاء زوج من كلية جنين بهدف قيامها بالبيع ثانية لمن يحتاجها.

(1) انظر مفهوم النظام العام في القانون المدني الفرنسي:

MAZEAUD (H.L.J) ،LECONS DE DROIT CIVIL - TOME DEUXIEME - PARIS 1966 P. 203.

(2) انظر:

JEAN CARBONNIER ،DROIT CIVIL - 4 - P.I.
MAZEAUD (H.J.L) ،OP. Cit. PP. 222 - 223.
CODE CIVIL 1987 ،Article 1131, 1133.

ولم يحدد المشرع الفرنسي تعريف السبب ولا مفهومه ولهذا فسره القضاء الفرنسي على أنه الباعث الدافع الرئيس. نصت المادة 1132 من القانون المدني الفرنسي على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يصرح بسببه. وقد عدلت هذه المادة ووضعت التطبيق عام 1988.

MISE Jour 1988 De Code Civil 1987 P.20.

(3) انظر تفصيل هذه الآراء: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 22 - 26.

وبهذه المناسبة يشير جانب من الفقه الفرنسي رافضاً عمليات التعاقد على الأعضاء البشرية والتصرف فيها عن طريق البيع قائلاً: لا يوجد المقابل النقدي لأعضاء جسم الإنسان إلا في مسرحية شكسبير (تاجر البندقية) أي المدين الذي يعطي 2 كيلو من لحم جسده مقابل مبلغ من المال لم يقدر على سداده.[1]

أما بالنسبة للتشريعات الإيطالية فإن المادة (5) من القانون المدني الإيطالي منعت القيام بأي عمل يمس سلامة الحياة والبدن لتعارضه مع مبدأ التكامل الجسدي إذا كان ينجم عن ذلك نتائج لا يمكن تداركها، وصدر قانون ينظم عمليات غرس الكلية في 1967/6/26، وإذا كان الغرس للأعضاء البشرية جائزاً لاسيما (غرس الكلية) إلا أن هذا العمل الطبي وضعت له ضوابط منها أن يكون الغرس بين الأقارب حتى الدرجة الثانية وأن يكون مصدره التبرع فالبيع محظور والتزام الأطراف يكون باطلاً ولا أثر له إن ورد في صورة بيع الأعضاء، وقد أوجب المشرع الإيطالي أن يكون التنازل من الأجنبي عن عضو من جسده بدون مقابل.[2] إلا أن المشرع الإيطالي أغفل مسألة مهمة وهي عدم الإشارة إلى المقابل النقدي أو العيني الذي يسلم للمتنازل لتغطية نفقات المعالجة أثناء وبعد العملية وعند تكريمه بمقابل كوثيقة تأمين أو سفرة مجانية أو غيرها فلم يبين حكم ذلك.

عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص224.

MAZEAUD (H.J.L) ،op.cit. P. 610.

(1)NERSONES SUR LE DROIT CIVIL - REV TRIM 1970 - P. 676.

مشار إليه في مؤلف د. أحمد محمود سعد، ص 32، هامش رقم 3.

(2) أحمد محمود سعد، ص 19 - 20.

على المانح للعضو أن يتنازل دون مقابل ويتقدم بطلب للقاضي المختص الذي يقوم بتبصير الأطراف بخطورة العمل فإن رفض الطلب يمكن النظر فيه مجدداً من المجلس الاستئنافي وعلى أن يكون مؤمناً مسبقاً من الأخطار الحاضرة والمستقبلة من العملية الجراحية علماً أن القضاء الإيطالي أجاز عمليات غرس الأعضاء منذ عام 1934 رغم غياب النص التشريعي.

المطلب الثالث: حكم بيع الأعضاء في بعض القوانين العربية

قبل بيان الحكم القانوني عن بيع الأعضاء والأجزاء البشرية، لابد من الإشارة أولاً إلى أن القوانين المدنية العربية والقوانين الخاصة الطبية التي لم تنص على مسألة تنظيم الأعمال الطبية في نقل وغرس الأعضاء البشرية عن طريق التصرف القانوني بالمقايضة.

والمقايضة عقد تبادلي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلاً لما يعطي ولا يكون المقابل فيه من النقود تمييزاً له عن عقد البيع. ومن الممكن أن تتصور ظهور مصلحة مشتركة لطرفين محتاجين يتبادلان بالأعضاء أو الأجزاء البشرية. بل هي قائمة فعلاً في مجال نقل الدم البشري حتى عند عدم وجود نص قانوني ينظم هذه الأعمال الخطيرة ونعتقد أن قصور القانون الطبي هذا لا يعني الحظر لهذا التصرف.

أما عن حكم البيع، فلابد من الإشارة إلى أن القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983، الذي نظم عمليات زراعة الكلية للمرضى، أغفل النص على منع بيع وشراء الكلية أو حتى الأعضاء البشرية الأخرى القابلة للنقل والزرع من الأعضاء المكررة ولم نجد ما يشير أيضاً إلى منع بيع الجثث. وأمام هذا النقص التشريعي هل يعني ذلك جواز البيع الوارد على الأعضاء والأجزاء البشرية في دولة الكويت؟

ثم نتساءل ما مدى صحة هذه التصرفات القانونية إن وجدت؟ وهل ينضوي هذا العمل تحت نطاق المواد (167، 172، 176)[1]، من القانون المدني الكويتي لسنة 1980

---

(1) نصت المادة 167 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 الذي نفذ من 25 ـ 2 ـ 1981 ما يلي: (يلزم أن يكون محل الالتزام، الذي من شأن العقد أن ينشئه، ممكناً في ذاته، وإلا وقع العقد بطلاً). والإمكانية هنا معناه عدم الاستحالة من الناحيتين القانونية والطبيعية وإلا وقع العقد باطلاً إذ لا التزام بمستحيل. كالالتزام بإحياء ميت أو الالتزام برفع الاستئناف بعد انقضاء مدته.

كما نصت المادة 172 على ما يلي: (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب، وقع العقد باطلاً). ولم يبين المشرع الكويتي مفهوم النظام العام والآداب الحسنة شأنه شأن العديد من القوانين الوضعية الأخرى.

=

الخاصة بمحل الالتزام العقدي وبمحل الالتزام عموماً الذي يلزم ألا يخالف النظام العام والآداب العامة؟

إن الجواب عن ذلك يكون بالإيجاب، فالقصور الحقيقي في التشريعات الطبية الكويتية المنظمة لعمليات نقل الكلية يوجب تطبيق الشرع العام وهو (القانون المدني). كما نعتقد أن اتجاه المشرع الكويتي لا يقبل حتماً أن يكون هناك التزام مدني لا يرتكز على قواعد أخلاقية فردية واجتماعية مقبولة ومنسجمة مع الأخلاق العامة والأعراف الاجتماعية وقواعد الشريعة الإسلامية.

كما لا تتفق مع ما اتجه إليه المشرع المصري حين حدد بالقانون رقم 178 لسنة 1960 أن أحد مصادر الحصول على الدم من البشر يكون عن طريق الشراء وحسب تسعيرة محددة قانوناً وهي (50) قرشاً للقنينة الواحدة كما لم يحظر القانون رقم 274 لسنة 1959 التعامل المالي على العيون البشرية.

بل إن ذات الانتقاد يوجه إلى القانون رقم 103 لسنة 1962 الذي حل محل القانون سالف الذكر. هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري لم ينظم عمليات زرع الأعضاء البشرية الأخرى فهل يسري القانون رقم 103 لسنة 1962 على جميع عمليات النقل والغرس أم يقتصر على غرس العيون (القرنيات) فقط؟

إن هذه الأسئلة المهمة تحتاج إلى الإجابة لأن هناك تبعات قانونية تنشأ على كل موقف، سواء فيما يخص المسؤولية الجنائية أم بالنسبة للمسؤولية المدنية فقط. فهل إن الطبيب الذي ينقل جزءاً من جلد الشخص لغرسه في جسد آخر يعد مرتكباً لجريمة الإيذاء والجرح العمد أم يعد عمله صحيحاً ولا مسؤولية عليه؟ وما حكم حالة

= ونصت المادة 176 على ما يلي: (1 ـ يبطل العقد، إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. 2 ـ ويعتد، في السبب، بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه).

الضرورة؟ وما هو الوضع القانوني لعديم الإدراك أو ضعيف الإدراك ومن هو في حكمه بالنسبة لرضى الشخص المذكور أو من ينوب عنه؟

ويرى جانب الفقه المصري إلى أنه يمكن القياس في عمليات غرس الأعضاء البشرية، وإلى أن ذلك لا يتعارض مع نص المادة (50) من القانون المدني، على ما نصت عليه المادة 43 من الدستور المصري من جواز إجراء التجربة الطبية بعد الحصول على موافقة الشخص، بينما يرفض البعض مثل هذا القياس.[1]

أما في العراق فإن القانون المدني لسنة 1951 لم ينص على نقل وغرس الأعضاء البشرية ولا على ما يقابل نص المادة (50) من القانون المدني المصري. وأما المادة (41) من القانون المدني العراقي فهي ليست إلا محصورة بالحق في حماية الاسم. كما أغفل مشروع القانون المدني العراقي الجديد كذلك النص على بيان الحكم القانوني للأعمال الطبية المشار إليها إلا أنه نص في المادة (67) على ما يلي: (لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب ذلك).

وهذا النص المقترح من النصوص العامة التي تقابل ما ذكرته المادة (50) من القانون المصري والتي تخص الحق في الحياة والحق في سلامة البدن والحق في سلامة الكيان الأدبي كالسمعة والشرف وغيرها، حيث يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حل به، سواء أكان الضرر من الأضرار المادية أم المعنوية أم عن النوعين معاً حسب ظروف الضار ونوع الضرر.

ونشير كذلك بأن نصوص قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981 جاءت ناقصة عن معالجة الكثير من الحالات الخاصة بالكيان البدني والجثث، فلم يبين

(1) الرافضون والمؤيدون لهذا القياس يراجع:
الدكتور أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص64 ـ 66.

حكم مصير الجثث للعراقيين والعرب والأجانب من الأشخاص مجهولي الهوية إلى أن صدر التعديل الرابع لقانون الصحة العامة في عام 1987.[1]

لقد جاء قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970[2]، لتنظيم الأعمال الطبية الواردة على العيون فقط. وقبل عام 1970 لم نعثر على نصوص قانونية تنظم الأعمال الطبية في زرع الأعضاء أو التجارب الطبية أو الأعمال الجراحية أو غيرها وهذا يعني الرجوع لقواعد الشرع العام (القانون المدني) الذي كان هو الآخر غافلاً عن تنظيم ذلك مما يوجب الاستعانة بأركان العقد وقواعد الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) إلى جانب نصوص القانون الجنائي رقم 111 لسنة 1969 المعدل (المواد 405 وما بعدها) وهي الجرائم الواقعة على الأشخاص. كذلك الرجوع إلى قانون العقوبات العسكري رقم 13 لسنة 1940 المعدل بالنسبة للعسكريين.[3]

إن قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 لم ينص على منع بيع وشراء العيون البشرية من الأحياء أو من الأموات (بموافقة الأقارب) لأغراض عمليات غرس القرنية. كما لم ينص على ضرورة حظر التصرف القانوني بالقرنية الواحدة إن كانت

---

(1) انظر هذا التعديل في المجموعة الشهرية للوقائع العراقية، أيار 1987، قانون رقم 38 لسنة 1987.

(2) نشر بجريدة الوقائع العراقية عدد (1885) 1970.
أصل القانون يعود للقانون المصري رقم 103 لسنة 1962.

(3) خصص قانون العقوبات العسكري العراقي المواد (70 ـ 73) لتنظيم حالات التمارض أو إلحاق الأذى بالنفس للتخلص من الخدمة العسكرية وحالة تأخير الشفاء من العسكري وطرق الاحتيال للتخلص من الخدمة العسكرية. فالمادة (70) وضعت العقوبة على كل عسكري تمارض أو سبب في نفسه مرضاً أو عاهة بدنية تخلصاً من الخدمة العسكرية كقطع الأطراف أو الساق أو غيرها ولا شك أن ثبوت تنازل العسكري عن جزء من جسده أو عضو منه كالعين للتخلص من الخدمة يدخل تحت لواء هذه العقوبة.
كما ذكرت الفقرة (ب) على تطبيق نفس العقوبة إذا تعمد بنفسه أو سمح لغيره تعطيل عضو من أعضاء جسمه أو من أعضاء عسكري آخر أو أوقع الضرر بنفسه عمداً أو بواسطة غيره ابتغاء أن يجعل نفسه أو غيره غير أهل للخدمة العسكرية. والعبرة هنا بالباعث الدافع عند تنازل العسكري عن عضو من أعضائه للكشف عن مدى صحة الالتزام المدني.
كما يعاقب العسكري بالإعدام إذا وقع الفعل حين مجابهة العدو. ونصت المادة (71) على عقاب من يؤخر شفاؤه من المرض أو يزيد في العاهة تخلصاً من الواجبات العسكرية. وجاءت المادة (72) مبينة عقاب العسكري الذي يحتال للتخلص من الخدمة العسكرية.

للشخص قرنية واحدة فقط؛ لأن العين الواحدة هنا بحكم العضو المنفرد التي يكون التصرف بها بأي طريق مفضياً إلى الضرر والعاهة في الجسم.

نضيف على ذلك الملاحظات الآتية الواردة على القانون رقم 113 لسنة 1970 وهي:

1. أن القانون المذكور لم يحدد أنواع المصادر الأخرى للحصول على العيون كعيون ضحايا حوادث السيارات أو عيون الأشخاص الذين ينتحرون وهل يجوز شراؤها من أقاربهم بعد موتهم، أو بالنسبة لعيون الأشخاص الذين يحكمون بالإعدام.
2. حصر القانون إجراء العمليات على العيون في المستشفيات الحكومية وهو حصر لا مبرر له إذ حدد مصارف العيون والمستشفيات التي يجري فيها الغرس وهو لا مبرر له خاصة بعد توسع وانتشار المستشفيات الخاصة في العراق.
3. لم يكن المشرع العراقي موفقاً في صياغته لنص الفقرة (2) من المادة الثالثة حين استخدم مصطلحي (القاصر) و(ناقص الأهلية) وهي صياغة ضعيفة؛ لأن الأهلية تتأثر بعاملين هما السن والعوارض (كالجنون والسفه والعته والغفلة). فالإدراك هو الأساس وكان ينبغي استخدام مصطلح (ضعيف الإدراك) ليشمل صغير السن ومن في حكمه وبيان حكم البيع في هكذا حالات.
4. لم يحدد القانون معيار تحديد الموت هل هو موت جذع الدماغ أم موت القلب أو موت الاثنين معاً؟

وإذا كان المشرع العراقي لم ينظم نقل الدم البشري بقانون وأن مجرد الضوابط أو التعليمات التي يصدرها السيد وزير الصحة ليست كافية، لهذا فإن إعداد مشروع قانون لتنظيم نقل الدم بين البشر أصبح أمراً ضرورياً، ويجب أن يذكر المشرع المنع

الصريح من الحصول على الدم عن طريق البيع والشراء بين الأشخاص أو بين الأشخاص ومركز جمع الدم للأغراض الطبية. وندعو إلى سد هذا النقص ومحاربة الظواهر الاجتماعية المنبوذة اجتماعياً وأخلاقياً في بيع الدم عن طريق المساومات والعرض والطلب عند أبواب المستشفيات والتأكد من فحص الدم وسلامته من الأمراض.

إلا أن المشرع العراقي ذكر لأول مرة في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 منع بيع الأعضاء البشرية ولم ينص على الأجزاء فجاءت المادة الثالثة على النحو الآتي: (يمنع بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من إجراء عملية عند العلم بذلك).

أما الجزاء القانوني على مخالفة هذه المادة فإنه يتضح مما نصت عليه المادة الرابعة على النحو الآتي: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام هذا القانون).

والسؤال الذي يطرح هنا، هل إن المسؤولية القانونية المذكورة تقوم حتى عند نجاح العملية؟ أم عند فشلها؟ إن النص جاء مطلقاً ويجوز إقامة الدعوى ممن له مصلحة في ذلك لأن لا دعوى بلا مصلحة وتكون المسؤولية مشتركة (تضامنية) إن كان الطبيب الاختصاصي عالماً بالبيع وعليه عبء الإثبات في نفي العلم. غير أن هناك استحالة مطلقة في معاقبة الشخص الذي يبيع قلبه أو أحد أعضائه المنفردة لاستحالة معاقبته فتتحدد المسؤولية على الطبيب فقط وربما على المستشفى أيضاً لأن المتنازل عن عضو يؤدي إلى هلاكه لا يمكن أن يكون مدركاً لعمله ومن لا إدراك له يمكن أن يلتزم لانعدام الإرادة وهي التي تنشئ الالتزام.

كما نشير إلى أن التشريعات الوضعية لم تنص كذلك على حكم التصرف القانوني بالجثة عن طريق البيع أو المقايضة وأن حماية سلامة حياة وجسد الإنسان

وحقوقه الأساسية العامة الأخرى تمتد منذ لحظة التكوين (أي حينما يكون جنيناً) إلى ما بعد الوفاة في صورة (حق الفرد في احترام جثته).[1]

وطبقاً لقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل فإن المشرع يعاقب على انتهاك حرمة الموتى والقبور والتشويش على الجنائز والموتى في المواد من 373 ـ 375 لأنها من الجرائم الاجتماعية. إلا أن بعض القوانين الوضعية أجازت للشخص أن يتصرف بجثته وفي طريقة الدفن أو في تخصيص الجسد بعد الوفاة للأغراض العلمية أو الطبية.[2]

(1) الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 517.
(2) الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص 157 ـ 161.

الفصل الثاني

هبة الأعضاء البشرية

ابتداء لا بد من القول إن التصرف القانوني في اتجاه الإرادة المدركة إلى التنازل عن العضو البشري أو الجزء من جسم الإنسان، لأغراض العمليات الطبية وغرس الأعضاء البشرية، هي الأكثر شيوعاً في الحياة العملية. فالمانح (الواهب) الحي يقوم بالتنازل عن الجزء أو العضو لإنقاذ حياة الآخرين وهو تصرف قانوني يقره الفقه المدني والتشريعات الوضعية إذا كان التنازل لا يلحق بالمتنازل خطراً كبيراً حيث تقضي القواعد العامة الموازنة بين المصلحة والخطر.

غير أن هذه التشريعات والفقه المدني لم يستقر فيهما من تحديد الأهلية القانونية المطلوبة لتصرف الواهب المفتقر له والذي يكون من جهة أخرى مثرياً للمتنازل إليه فهل يا ترى يشترط لصحة هذا التصرف الأهلية القانونية الكاملة أو يكفي التمييز؟ وهل يمكن للولي أو الوصي أو النائب القانوني بوجه عام أن يعبر عن رضى المانح ويكون رضاؤه صحيحاً؟

كما يثار السؤال بخصوص شرعية التصرف المذكور إذا وجد المقابل النقدي أو العيني في صورة التكريم أو المكافأة فهل يؤثر على صحة الالتزام المدني ويجعله باطلاً؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لابد من توزيع الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة.

المبحث الثاني: موقف الفقه المدني من هبة الأعضاء البشرية.

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من هبة الأعضاء البشرية.

المبحث الأول

التمييز بين عقد الهبة وعقد التبرع وعقد المعاوضة[1]

المقصود بالهبة عموماً تمليك مال الآخر دون عوض[2]، وأضاف المشرع الأردني على ذلك (تمليك الحق المالي حال حياة المالك)[3]. فالهبة تصرف قانوني ينعقد بإرادتين وقد نصت المادة 558 من القانون المدني الأردني على ما يلي: (1 ـ تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض، 2 ـ يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته وكذا لو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته).

ولم ينص القانون المدني العراقي على ما يقابل المادة سالفة الذكر لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في أن الهبة عقد ويلزم لانعقادها الإيجاب والقبول والقبض في المنقول. كما أغفلت المادة 608 من القانون المدني العراقي النص على (هبة الأجزاء أو الأعضاء البشرية) وقد جاء النص عاماً على النحو الآتي:

---

(1) المراجع المعتمدة في هذا التمييز انظر:
الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، جـ1، ص 491.
الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، ص16 ـ 17.
الدكتور غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ص 76 ـ 78.
الدكتور بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام، ص 198.
MAZEAUD (H.L.J) ،LECONS DE DROIT CIVIL ،op. Cit. P.P. 78 _ 80.
الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي ترد على الملكية)، جـ5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص 5 وما بعدها.
الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص335.
الدكتور عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، جـ1، 1967، ص 100 ـ 102.
الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، جـ1، ص 62 وما بعدها.

(2) المادة 1/601 مدني عراقي.

(3) نصت المادة 1/557 من القانون المدني الأردني بأن: (1 ـ الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض).

(يشترط أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً أهلاً للتبرع. فإن كان كذلك، جاز له أن يهب في حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلاً له أو فرعاً أو قريباً أو أجنبياً منه، ولو مخالفاً لدينه). والاختلاف في الدين لا يمنع من الهبة.

وإذا كانت الهبة تصرفاً قانونياً بإرادتين لإنتاج الأثر القانوني من المتعاقدين أو من ينوب عنهما قانوناً فإن الأثر المترتب هو (افتقار الواهب) و(إثراء الموهوب له) على رأي الفقه المدني الراجح.

ولنا أن نتساءل هنا عن حالتين: **أولاهما** حكم النيابة الاتفاقية في الهبة بالأجزاء أو الأعضاء البشرية عند غيبوبة المتنازل (الواهب) أو المتلقي (الموهوب له)، **وثانيهما**، حكم هبة الشخص لعضو مزدوج من جسده للمساس بسلامة كيانه البدني وذلك من أجل التأثير على قدرته البدنية للعمل والكسب أو تأخير الشفاء للإضرار بالدائنين ؟

إن أحكام وقواعد النيابة الاتفاقية في القانون المدني جاءت قاصرة على الأموال فقط فهل تسري على الجسد والجثة ؟ ليس هناك نص قانوني يمكن أن يعطينا الجواب الواضح ولابد من الرجوع للقواعد العامة. أما عن السؤال الثاني فهو يتمثل في إضرار المدين بجسده وإيذاء بدنه أو صحته تخلصاً من ديون الدائنين كأن يتمارض المدين أو يؤخر شفاءه بنية إضرار الدائنين بافتعال الذرائع لتأجيل الحالة مثلاً؟

لقد جاء في المادة 610 من القانون المدني العراقي نص عام هو: (لا تجوز الهبة إضراراً بالدائنين). وهذا النص أصلاً محصور بالأموال المنقولة والعقارية فلا تجوز هبة المنقولات أو العقارات بهدف الإضرار بدائني الواهب لأنها تنقص من الضمان العام. وفي تقديرنا لا تسري على حالة هبة المدين لعضو من جسده أو إلحاق الأذى أو إحداث العاهة بالجسم للإضرار بالدائنين لأن المشرع العراقي أصلاً لم يدر بخلده مثل هذا التساؤل.

ومن القواعد العامة في مجال وسائل تحقق الهبة فإنها تقع إما بإعطاء حق عيني على منقول أو عقار وهذه هي (الهبة العينية) حيث يلزم القبض أو التسجيل لأن كلاً

منهما ركن لقيام عقد الهبة في القانون المدني العراقي، وأما بالنزول من الواهب للموهوب له عن حق عيني أو عن حق شخصي كالدين وهذه هي (الهبة الإبرائية)، أو في جعل الواهب نفسه مديناً للموهوب له وتلك يطلق عليها (هبة الالتزام)[1]. كالقيام بعمل أو تسليم شيء أو الامتناع عن القيام بعمل.

بناء عليه فإن التصرف القانوني في الأجزاء والأعضاء البشرية يكون طبقاً لعقد الهبة عن طريق هبة الالتزام حيث يلتزم الواهب بالقيام بعمل وتسليم شيء وهو الجزء أو العضو البشري للموهوب له لأن الواهب جعل نفسه مديناً للموهوب له دون عوض فقبل المخاطرة في التنازل عن الجزء أو العضو. ولهذا السبب فإن المشرع العراقي أوجب أن يكون رضى الواهب حراً صحيحاً مكتوباً (الشكلية القانونية الكتابية) لانعقاد عقد الهبة بهدف التثبت من جدية التصرف وللتبصير بحقيقة الأمر منعاً للمنازعات وقيام المسؤولية القانونية.

أما عقود التفضيل فهي تخرج عن مجال دراستنا كالكفالة المجانية وعقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة المجانية إذ لا يترتب عليها افتقار في الذمة المالية للمتفضل كأن يعمل شخص عملاً لآخر لا يأخذ مقابلاً له ولكن لا يترتب عليه افتقار في الذمة.[2]

فالتبرع هنا عقد تفضيل Acte de breniasace إذا كان ما يقدمه المتبرع للمتبرع له منفعة أو خدمة دون أن يخرج عن شيء من ماله[3]، كما في إعارة الكتب من المكتبة والوديعة المجانية وفي الكفالة المجانية.

ويذكر الأستاذ السنهوري[4]، أن للهبة مقومات أربعة هي:

---

(1) الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 491.
(2) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص491.
(3) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص 63.
(4) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جـ 5، ص5.

1. أن الهبة عقد ما بين الأحياء.
2. أن الهبة ترد على الأموال ويقوم الواهب بالتصرف بها.
3. انتفاء العوض.
4. نية التبرع.

ولاشك أن الهبة كما ترد على الأموال من المنقولات أو العقارات حين يعقد الواهب تصرفاً قانونياً مع إرادة الموهوب له في هبة عين أو حق أو دين أو القيام بعمل، فإنها ترد على أجزاء وأعضاء من جسد الإنسان. وإن التشريعات الخاصة تذكر (التبرع بالأعضاء) ويقصد من العبارة (الهبة في حال الحياة بالأجزاء أو الأعضاء البشرية). فالهبة مهما كان محلها لا تتعقد بإرادة واحدة من الواهب وهذا هو الذي يميز الهبة عن الوصية مع فروق أخرى، إلا أنه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في أحوال معينة وإن أثرها لا يتراخى حتماً إلى موت الواهب بينما تتعقد الوصية بإرادة الموصي المنفردة ويجوز لهذا أن يرجع فيها ما دام حياً.[1] إلا أن من حق الواهب أن يرجع عن الهبة بالعضو البشري الذي يريد هبته إلى الوقت المحدد لإجراء الغرس، ولا يمكن إلزامه على التنازل غير أن السؤال يثار حول النفقات المادية المبذولة فهل يمكن الرجوع بها عليه عند تراجعه ؟

(1) الأستاذ السنهوري، الوسيط، جـ 5، ص6.
نصت المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم 188 لسنة 1959 أن الوصية (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض).
ويرى جانب من الفقه في العراق أن اختيار هذا التعريف للوصية مبني على أساس أن الوصية نوع من أنواع عقود التبرعات المالية تنشأ بالإرادة المنفردة وسبب من أسباب كسب الملكية ولكن الوصية أعم من هذا التعريف فهي تشمل بالإضافة إلى ذلك: إبراء المدين من الدين وإبراء المدين مما تكفل به وأداء واجب عليه محج وجب عليه ولم يحج وزكاة وجبت في ماله ولم يدفعها ورد الأمانات إلى أهلها، وتسديد الديون الواجبة عليه وغير ذلك. كما أن تبرعات المريض مرض الموت تخضع لأحكام الوصية وفقاً لرأي جمهور الفقهاء المسلمين.
انظر رأي الأستاذ الدكتور مصطفى الزلمي، شرح قانون الأحوال الشخصية، (أحكام الميراث والوصية)، بغداد، 1987، ص 5.

– Code Civil ،1987 Article ،1105.

والهبة الواردة على الدم أو العين أو الكلية أو الجلد أو اللبن على نحو ما بيناه بالنسبة للأعضاء المزدوجة والأجزاء المتجددة جائزة في ضوء الشروط التي أوضحناها وهي جائزة وإن كان ذلك خروجاً على مبدأ معصومية جسد الإنسان.

أما عقد التبرع Contrat a titre gratuit فهو عقد يولي به أحد الطرفين الآخر فائدة دون أي مقابل (المادة 110 من القانون المدني الفرنسي)[1]. وأغلب عقود التبرع عقود ملزمة لجانب وأحد لأن المتعاقد لا يأخذ مقابلاً لما يعطي ومثاله عقد الهبة العارية وعقد الكفالة دون أجر وعقد الوديعة دون مقابل وعقد القرض دون أجر وغيرها.[2] ويرى جانب من الفقه المدني في مصر أن التبرع ليس تصرفاً قانونياً وإنما هو (صفة) يلحق بالتصرفات القانونية.[3]

ويرى الأستاذ السنهوري أن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه.[4] فيدخل في عموم التبرع، عقد الهبة وعقد الوكالة دون مقابل وعقد الإعارة الكفالة دون أجر وكذلك الوديعة والقرض إن كانتا دون عوض.

إلا أنه لابد من القول في أن عقد الهبة في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فلا تنفذ إلا في ثلث التركة، لوارث أو لغير وارث إذا وردت على أموال المورث.[5] إلا أن الهبة الواردة على العضو البشري في مرض الموت يلزم أن تختلف أحكامه وتستقل عن هبة

---

(1) د. احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام، ص63.
(قد يكون عقد التبرع ملزماً لجانبين كالهبة العوض).

(2) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال، المرجع آلسابق، ص 335 ـ 336. يختلف الوصف عن الصفة، فأوصاف الالتزام ((الشرط والأجل وتعدد المحل وتعدد الأطراف)) بينما الصفة التبرعية في الالتزام تأتي للدلالة على انتفاء العوض أو عدم تناسبه مع الالتزام بشيء كما في الهبة بعوض عيني.

(3) الأستاذ السنهوري، نظرية العقد، 1934، ص 136.

(4) الأستاذ السنهوري، الوسيط، جـ 5، ص7.

(5) جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق في 20 ـ 4 ـ 1974 قولها ما يلي:
(إن مرض الموت يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية حسب المادة الأولى من القانون المدني وهو الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فإن طالت مدته أكثر من سنة وهو على حال واحد فإن تصرفات المريض تعتبر كتصرفات الصحيح).
رقم القرار 298/ هيئة عامة اولى / 1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1974، ص 102.

الأموال في مرض الموت والكثير من التشريعات لم تبين الحكم القانوني للعمل الطبي من الهبة للأعضاء في مرض الموت.

إن التبرع إما أن يكون من الهبات أو عقود التفضيل، فإن نقصت ذمة الشخص بتقديم شيء أو التنازل عن عضو عد التصرف هبة وإن كان التصرف تقديم خدمة أو منفعة دون نقصان في الذمة كالإعارة والكفالة دون أجر عد التصرف من عقود التفضيل، إلا أن الهبة أشد خطراً على المتبرع من عقد التفضيل وهذا هو الذي دفع المشرع إلى إحاطة عقد الهبة، دون التفضيل بالشكلية القانونية الرسمية والكتابية للانعقاد،[1] ولأن في الهبة جانب التمليك سواء ورد على منقول أم العقار أم على جزء من الجسد المتجدد كالدم واللبن أم على عضو مزدوج.

والخلاصة، فإن عقد الهبة يدخل في عموم عقود التبرع، والتبرع وصف يلحق التصرف القانوني للتأكيد على أن الواهب يعطي أثناء الحياة أحد أعضائه البشرية المكررة والتي لا يتوقف عليها حياة دون مقابل وبنية التنازل، وإن الباعث الدافع على التعاقد هو المحرك الرئيس الذي ينبغي أن يكون مشروعاً فلا يجوز هبة أحد الأعضاء بدافع القيام بالتجربة الطبية دون مراعاة لشروطها أو للتخلص من الخدمة العسكرية على نحو ما نصت عليه المواد (70 ـ 72) من قانون العقوبات العسكري على نحو ما نصت عليه مواد قانون العقوبات العسكري رقم 13 لسنة 1940 المعدل، أو للحصول على مبلغ نقدي على العكس من حالة بذل المال أو الأعيان من المستفيد.

ونشير بهذه المناسبة إلى أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير يمكن تصوره في مجال الأجزاء والأعضاء البشرية فتسري نصوص القانون المدني العراقي (152 ـ 154) على هذا الموضوع. فالواهب لدمه يستطيع أن يشترط في عقد الهبة تقديم الدم لشخص

(1) راجع: د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ص 63 ـ 64.
انظر : السنهوري، الوسيط، جـ 5، ص11.

محتاج من أبناء القوات المسلحة مثلاً ومن يتنازل عن كليته يمكن له أن يشترط في (عقد الاشتراط) أن تقدم الكلية لشخص محدد فقط ويجوز اتفاق المشترط وهو الأب مع المتعهد (المتنازل) طبقاً لعقد الاشتراط على أن يتنازل إلى آخر (المستفيد) عن جزء أو عضو بشري.

والاشتراط لمصلحة الغير حالة استثناء من نسبية آثار العقد وهو هنا من الأعمال التبرعية (من التصرفات القانونية القائمة على نية التبرع) وهي هبة التزام ويلزم مراعاة الشروط اللازمة لقيامها كالكتابة أي كتابة العقد، ولم يقر القانون الإنجليزي الاشتراط لمصلحة الغير وكذلك القانون المدني الفرنسي إلا بفضل القضاء الفرنسي في مراحل لاحقة. ويرى الأستاذ السنهوري ما يلي: ((ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير (هبة غير مباشرة) لأنه لا يتضمن التزاماً بنقل حق عيني أو نقل حق شخصي فهي كالإبراء من المدين)). ولا يقصد الأستاذ السنهوري الأعضاء البشرية وإنما الأموال.

أما المعاوضة فهو العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلاً لما يعطيه كالبيع والإيجار والمقاولة والتوريد والفندقة. وللتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع نرجع إلى السبب الموضوعي من الالتزام،[1] أي تحليل هدف الطرفين من إبرام العقد، وهل كان أحد الطرفين مدفوعاً في تعاقده برغبته في إشباع حاجة اقتصادية فيكون العقد معاوضة أم كان مدفوعاً بدافع غيري أثر فيه مصلحة على مصلحته بدوافع نكران الذات والتضحية فيكون العقد عندئذ تبرعاً وإن وجد المقابل النقدي أو العيني.

أي أن العوض النقدي أو العيني قد يكون موجوداً ولا يغير هذا من حقيقة التصرف القانوني في أن العمل القانوني من الأعمال التبرعية وهو (هبة) كمن يهب

(1) الدكتور عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، ص100.
الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 534 ـ 535.

كليته لآخر ويقدم المستفيد على سبيل البذل المكافأة على التضحية من الواهب ولوقفه النبيل.

ولا بد أن نشير إلى أن المقايضة وهي من العقود الواردة على نقل الملكية (عقود التمليكات) يمكن أن نتصور وجوده في مجال نقل الدم مع مصرف الدم ويراد بالمقايضة: عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود.[1]

(1) لم يعرف القانون المدني العراقي عقد المقايضة على العكس من القانون المدني المصري المادة (482) والمادة(552) من القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني

موقف الفقه المدني من هبة الأعضاء البشرية

سبق أن بينا أن هناك جانباً من الفقه يرفض جميع أشكال عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية ويرى ترك الحالات المرضية على حالها دون أي مساس بخلق الله.[1] إلا أن هذا الموقف ليس جديداً في هذا المجال إذ يرى أنصار (معصومية جسد الإنسان) عدم جواز المساس بسلامة جسم الإنسان لأي غرض كان عدا العلاج الطبي لجسم الإنسان الذي تتحقق فيه مصلحة الراجحة.

وإذا كان الرأي الفقهي في فرنسا ومصر والعراق وفي دول عديدة أخرى استقر على جواز نقل الأعضاء وزرعها وإن قلة من الفقهاء تذهب إلى الحصول على هذه الأعضاء عن طريق البيع والشراء وفقاً لتسعيرة الدولة على نحو ما تقدم، إلا أن الإجماع يكاد يكون كاملاً في جواز (عقد الهبة) بهذه الأعضاء من الواهب (Donor) إلى المتنازل إليه أو المتلقي أو الموهوب له نظراً لوجود البواعث الدافعة الرئيسة في التصرفات بالأعضاء القائمة على التضحية ونكران الذات والإيثار وهي من الأخلاق الفردية والاجتماعية التي تصلح سبباً للالتزامات المدنية لكونها (سبباً مشروعاً).

إن القوانين التي تنظم عمليات غرس الأعضاء البشرية تجيز الهبة بهذه الأعضاء وتطلق عليها مصطلح (التبرع) وقد أوضحنا أن التبرع وصف يلحق التصرف القانوني للدلالة على انتفاء العوض وهو يشمل (هبة الالتزام) وعقد الإعارة وعقد الوكالة دون أجر وعقد الوديعة دون مقابل وغيرها، فالصحيح أن يقال (هبة الأعضاء البشرية).

وقبل الوقوف على حكم الأهلية القانونية المطلوبة في الواهب وشروط صحة التصرف القانوني من ناقص الأهلية أو ممن هو (ضعيف الإدراك) وقبل توضيح خطأ

---

(1) راجع رأي الدكتور محمد قطب الدين سالف الذكر.

الطبيب من الناحية المدنية ورضاء المتضرر بالضرر وقبوله بالمخاطر حين يلتزم المتنازل بمنح العضو أو الجزء من الجسد عن طريق الهبة، لابد من الإشارة إلى الحكم الشرعي من خلال القواعد الكلية الفقهية في هذا المجال.

إن الفكرة الجوهرية التي تقوم عليها عمليات نقل وغرس الأعضاء البشرية ليس المساس بكرامة الإنسان ولا التلاعب بخلق الله أو أرواح البشر وإنما هناك أهداف إنسانية عليا نبيلة شجعها الإسلام وسعى لها من أجل الصالح العام انطلاقاً من ترجيح المصالح. فقد ذكر (ابن عابدين) في إحدى الفرضيات ما يلي: (حامل ماتت وولدها حي يضطرب يشق بطنها من الأيسر ويخرج ولدها .. ولو مات الولد في بطنها وهي حية وخيف على الأم قطع وأخرج بخلاف ما لو كان حياً).[1]

والمبدأ هو جواز إتلاف جزء من الميت لإبقاء حي لقوله تعالى ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾[2]. ويمكننا القول إن هذا المبدأ الشرعي هو أهم الأسس التي يقاس عليه غرس الأعضاء البشرية في الأجساد وهنا رجحت مصلحة الجنين على مصلحة حرمة الجثة.[3]

يضاف إلى ذلك، أن القواعد الفقهية التالية تصلح أساساً شرعياً كذلك في إجازة العمليات الطبية لغرس الأعضاء البشرية إذا كانت بواعثها أخلاقية شريفة لا تفضي إلى هلاك المعطي منها:

1. قاعدة (تحمل أخف الضررين لدفع أشدهما).
2. قاعدة (يختار أهون الشرين).[4]

---

(1) رد المختار على الدر المختار، جـ 1، ط3، القاهرة، 1323هـ، ص 628.

(2) المائدة / 35. في الآية إرشاد إلى ما يجيء من وحدة البشر وحرص كل منهم على حياة الجميع والابتعاد عن ضرر كل فرد فانتهاك حرمة الفرد انتهاك لحرمة الجميع والقيام بحق الفرد بمقدار ما قرر له في الشرع قيام بحق الجميع.

(3) إن حرمة الجثة في الإسلام بلغت صيانتها وحرمتها الواضحة في قول الرسول الكريم (إن كسر عظم الميت ككسره حياً). فالجسد في الحياة والجثة بعد الوفاة لهما حرمة كبيرة في الإسلام.
نهاية المحتاج للرملي، جـ 3، مكتبة الحلبي، 1938، ص2.

(4) المادة 29 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 1/213 من القانون المدني العراقي لسنة 1951.

3. قاعدة (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما).[1]
4. قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).[2]
5. قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).[3]
6. قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها).[4] فهذه القاعدة توجب دفن الجثة بعد تشريحها وعدم التمثيل بها بعد نقل الأعضاء منها. ونعتقد أن من حق الورثة مطالبة المستفيدين من عملية الغرس (وربما حتى الكادر الطبي والمستشفى) عن الضرر المعنوي Le Dommage Morale الذي لحق بهم عن الصدمة النفسية في رؤية جثة قريبهم ممثل بها.[5]
7. قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات).[6]

والقاعدة في هذا المجال أن أي التزام مدني يلزم أن يكون له قاعدة أخلاقية يرتكز عليها حتى تحدث النتيجة القانونية المطلوبة. فالأم التي تهب كليتها لابنها إنقاذاً لحياته فإن التزامها المدني هذا يقوم على قاعدة أخلاقية جوهرها الحب والتضحية ونكران الذات والفداء وهي معانٍ إنسانية نبيلة وبواعث شريفة مما يجعل

---

(1) المادة (28) من مجلة الأحكام العدلية والمادة 1/213 من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية والمادة 1/214 من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (22) من مجلة الأحكام العدلية.

(5) الضرر المعنوي هو الأذى لا يصيب الشخص في ذمته المالية وإنما يصيب مصلحة غير مالية كالآلام الجسمية وكل ما يمس الشرف والكرامة والاعتبار والعاطفة والشعور والحنان وغيرها وهو يقدر (جملة واحدة) على خلاف الضرر المادي الذي يقدر طبقاً لنص المادة (207) من القانون المدني العراقي وفقاً لعناصره وهما (ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب).

وقد استقر الفقه والقضاء والتشريعات الوضعية في دول العالم على التعويض عن الضرر المعنوي باعتباره (أذى يصيب الشخص) كعنصر قائم بذاته لأنه ضرر محقق عالجته المادة (205) من القانون المدني العراقي والمادة (222) من القانون المدني المصري كما اختلفت التشريعات في تحديد المستحقين رقم 815 لسنة 1982 والقرار 106 لسنة 1986 إلى حصره بالدرجة الأولى فقط في نطاق حوادث السيارات فإن الفقرة 2 من المادة 205 لم تحدد المقصود بـ (الأقربين من الأسرة) في حين تذهب تشريعات متعددة إلى حصره بالدرجة الثانية من القرابة. تفصيل ذلك انظر: بحثنا الموسوم بـ (الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 6 ، 1987، ص255 وما بعدها.

(6) المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية والمادة 212/ 1 من القانون المدني العراقي لسنة 1951.

التزامهما صحيحاً ومشروعاً حتى وإن كان يمس سلامة كيانها البدني لا سيما وأن تنازلها عن الكلية لا يعرض حياتها للهلاك ولرجحان المصلحة على المخاطر وهو ينقذ حياة الابن.

ولابد من التذكير هنا أن (عقد الهبة) من المتنازل وإن كان ملزماً لجانب واحد لما فيه من التبرع إلا أنه قد يكون ملزماً لجانبين إن كان معاوضة سواء وقع التنازل عن الجزء أو العضو البشري من قريب أو بعيد للموهوب له طبقاً للقواعد العامة، وهو فوق ذلك من العقود الشكلية، إذ أوجب قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 في المادة الثالثة وجوب الكتابة (الإقرار التحريري من المتنازل).

إن الإقرار التحريري هو (شكلية قانونية كتابية) وهو بلا شك ركن في انعقاد الهبة، أوجبها المشرع لاعتبارات كثيرة منها التثبت من صحة رضاء المتنازل والتذكير بخطورة العمل الذي يقدم عليه. وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة وتسألنا عن حالة تخلف الشكلية المذكورة والمسؤولية الناتجة عن ذلك. وما هذه الشكلية القانونية التي فرضها القانون إلا استثناء على الأصل العام الذي يقضي بانعقاد العقد عند قيام أو استجماع أركانه الأساسية.

وفيما يخص الفقه المدني الفرنسي فإن الأستاذ سافاتيه SAVATIER يرى أن يكون التصرف القانوني في الأعضاء البشرية التي يمكن التصرف بها (تبرعاً) - وهو يقصد الهبة المجانية - ويشترط لذلك أن لا يكون المتنازل محترفاً في مجال التنازل عن الدم فينبغي من المتنازل عن دمه الكسب المادي ويقترح عدم قبول الدم من هؤلاء المحترفين وهو لا يحبذ استخدام عبارة (بنك الدم أو بنك العيون) لأن مثل تلك العبارات تثير في الذهن كون أعضاء البدن محل للمعاملات المالية التجارية وهو ما يجب استبعاده، إلا أن تقديم المتلقي المكافأة للمتنازل لما بذله من وقت وجهد عن هبة الدم

للمستفيد أو عن أحد الأعضاء لا يؤثر في شرعية التصرف فالأصل عدم جواز التصرف بالجسد والاستثناء هو أن يكون دون مقابل.[1]

إن عقد الهبة من التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً في حق الموهوب له إلا أنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً في حق الواهب لأنها تمس سلامة الجسد حتى عند وجود المقابل أو المكافأة، لأن العوض المذكور لن يغير من جوهر عقد الهبة سوى أنها تكون ملزمة للجانبين عند وجود المقابل غير أن نية التبرع تظل قائمة وهو العنصر المعنوي. ولهذا فإن تطبيق القواعد العامة للعقد و(قواعد عقد الهبة) بوجه خاص يطرح للنقاش مسألة (الأهلية القانونية المطلوبة) وضرورة توافرها كاملة عند الواهب وبأن يكون كامل الأهلية وقوي الإدراك وغير محجور عليه حتى يكون التعبير عن الإرادة بالقبول من الواهب صحيحاً.

ومن جهة أخرى فإن رضاء المتنازل وقبوله بالمخاطر يجب أن يكون خالياً من العيوب المؤثرة في صحة الرضاء (كالإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال)[2]. وليس ضرورياً أن يكون الموهوب له كامل الأهلية حتى يكون تعبيره

---

(1) انظر راي الأستاذ سافاتيه وبقية الفقه الفرنسي حول الموضوع تفصيلاً: الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص128 ـ 130.

(2) الإكراه من عيوب الإرادة المؤثرة في صحة العقد وهو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه والعبرة بالرهبة في النفس التي تفسد الاختيار ولا تعدم الرضاء فيتوقف العقد (لا ينفذ) في نطاق المعاملات المالية. وقد عالج المشرع العراقي الإكراه في المواد (112 ـ 116) متأثراً بالفقه الحنفي والقانون المدني الفرنسي.

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الحال على غير حقيقته فيصيب الإرادة وقد يمنع من انعقاد العقد أو يوقفه وخصص له القانون العراقي المواد (117 ـ 120).

والتغرير مع الغبن عالجه المشرع العراقي في المواد (121 ـ 124) ولم ينص عليه المشروع المدني الجديد بحكم مستقل وإنما عالج التغرير مع الغلط (الغلط بفعل التدليس) وعالج الغبن مع الاستغلال. والاستغلال خصص له القانون العراقي المادة (125) وحالاته هي:

1 ـ استغلال الحاجة.

2 ـ الطيش البين (النزق وعدم التفكير السليم بعواقب الأمور).

3 ـ الهوى الجامح ولا يقصد بها المحبة والتعاطف وإنما الشهوة الجامحة.

4 ـ عدم الخبرة.

5 ـ ضعف الإدراك بفعل السن أو عارض من عوارض الأهلية كالمعتوه المميز.

عن الإرادة صحيحاً حتى وإن قدم مقابلاً مالياً نظير الدم أو العضو البشري الذي يحتاجه، إذ قد يكون فاقداً للوعي ولا إرادة له وليس له إدراك أو ضعيف الإدراك.

والسؤال المطروح هنا حكم استغلال الطيش أو الهوى الجامح (الشهوة الجامحة) أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك واستدراج المتنازل لكي يوهب كلية أو قرنية أو الدم مثلاً؟ بل ما هو حكم استغلال حاجة المتنازل للمال ومعرفة المتلقي لهذه الحاجة فيقدم المتنازل على منح العضو أو الجزء منه تحت وطأة هذه الحاجة؟.

وإذا كان الاختلاف في نطاق الفقه المدني ليس كبيراً بشأن الهبة من كامل الأهلية بجزء من جسده أو عضو منه لأنه قوي الإدراك ويفهم عواقب الأمور أثناء الحياة شرط أن يكون الباعث مشروعاً لا التخلص من الخدمة العسكرية مثلاً أو الحصول على المكاسب النقدية أو الشهرة والأضواء، فإن هذا الاختلاف الفقهي كان موجوداً بصورة ملحوظة بخصوص الهبة بالأعضاء البشرية من ناقص الأهلية (ضعيف الإدراك) فهل إن الهبة وهي تصرف ضار ضرراً محضاً في جسده وصحته ونفسيته تكون صحيحة؟ وما حكم هبة القاصر المتزوج والقاصر المأذون؟[1]

إن بعض التشريعات أغفلت بيان حكم هذه الحالات، كما سيتضح لنا في المبحث التالي، ونعتقد أن هبة ناقص الأهلية (ضعيف الإدراك) لصغر السن أو لعارض من العوارض المؤثر في الإدراك (كالجنون والعته والسفه والغفلة) تكون باطلة.

---

(1) القاصر المتزوج هو من أكمل الخامسة عشرة من عمره وكان متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وتزوج بإذن المحكمة فيكون (كامل الأهلية) طبقاً للمادة (3) من قانون رعاية القاصرين لسنة 1980 والمادة (47) من مشروع القانون المدني الجديد، وهو اتجاه لا نتفق معه لأنه ليس في مصلحة القاصر المذكور لاسيما وأن الشخص المذكور في طور الحضانة وفقا للفقرة 5 من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
القاصر المأذون هو الصغير المأذون الذي أكمل الخامسة عشرة من عمره وأذن له وليه في مقدار معين من المال لممارسة العمل التجاري ويكون بمنزلة البالغ سن الرشد في نطاق الإذن طبقاً للمادتين (98 و99) من القانون المدني العراقي لسنة 1951، وطبيعي أن الإذن محصور في التصرفات المالية فقط التي تدخل في نطاق الإذن إلا أنه يظل ناقص الأهلية من حيث تصرفات الواقعة على سلامة الكيان البدني له.

وبطلان هبة ضعيف الإدراك أصل عام يقرر حماية له سواء في ماله أم في أعضائه أم في دمه لأنه محدود الإرادة لا يفقه حقيقة ما يقدم عليه وما سيترتب من نتائج خطيرة ناجمة عن المساس بالجسد، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة التنازل للشقيق (بعد موافقة الولي) وللضرورة التي يقتضيها العلاج الطبي وبصورة يثبت فيها نجاح العملية بالموازنة بين المصلحة والخطر من أجل إنقاذ حياة الشقيق من هلاك محقق.

نضيف إلى ذلك بأن هذا الحكم يسري على القاصر المأذون أيضاً على الرغم من عدة (كامل الأهلية) وبمنزلة البالغ سن الرشد في التصرفات المالية المأذون له في القيام بها (المادتان 98و99 من القانون المدني العراقي)، لأن ولاية الصبي المأذون محصورة بالمال وليس له أية ولاية على روحه أو جسده.

وبهذه المناسبة فإن ما اتجه إليه المشرع العراقي في المادة 3 من قانون رعاية القاصرين وفي المادة 47 من المشروع المدني الجديد لا يتفق معه واعتقد أن القاصر المتزوج ليس له الولاية الكاملة لا على أمواله ولا على جسده وهو بمنزلة القاصر المأذون لأن الزواج لا يغير من إدراكه شيء فيقويه ولهذا نرى أن يخضع لحكم الضعيف الإدراك فيما يخص التنازل عن الدم أو العضو البشري، بل إن الزواج في مثل هذا العمر لابد أن يقوم على أسس هشة سرعان ما تتهدم لأن الزواج رابطة إنسانية نبيلة لا يفقه مضمونها من بلغ هذا العمر ولا يدرك الأعباء والمسؤوليات الجسيمة الناتجة عن هذه الرابطة مما يجعلنا نقول إن الزواج في هذا العمر أمر يلزم عدم تشجيعه.

المبحث الثالث

موقف التشريعات الوضعية من هبة الأعضاء البشرية

يعتبر القانون اللبناني الخاص بغرس الأعضاء البشرية رقم 109 الصادر في 1983/9/16 من القوانين المتشددة في مجال حظر البيع لهذه الأعضاء ووضع الشروط حتى في حال هبة المتنازل بالعضو البشري، فقد جاء بالمادة الأولى من القانون المذكور الذي نشر في الجريدة الرسمية عدد 45 في 1983/11/10 الخاص بأخذ الأنسجة البشرية لحاجات طبية وعلمية ما يلي:

(يسمح بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم أحد الأحياء لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر وفقاً للشروط التالية مجتمعة:

1. أن يكون الواهب قد أتم الثامنة عشرة من عمره.
2. أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لكل ذلك.
3. أن يوافق الواهب خطياً وبملء حريته على إجراء العملية.
4. أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير مشروطة).

ومن الطبيعي أن العملية لا يجوز إجراؤها لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك وأن (المستفيد) قد عبر عن إرادته أي أن يكون الإيجاب قائماً وبصورة تحريرية مسبقة، وأن مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للعقوبة الجنائية مع الغرامة[1].

---

(1) انظر مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 512 ـ 513.
ويلاحظ أن المشرع اللبناني في القانون المذكور أشار إلى نقل الأعضاء من جثة الميت في حالة الوصية أو غيرها من الوثائق الخطية الثابتة ، في القانون سالف الذكر.
د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص519.

ونصت المادة الثانية من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب بجلسته المنعقدة عام 1986 ما يلي: (يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً ويكون التبرع أو الوصية صادرين بموجب إقرار كتابي موقع منه بذلك).

كما نصت المادة الثالثة على ما يأتي: (لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع).

كما جاءت قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادرة في شباط 1988 مؤكدة هذا الاتجاه فبينت الحكم الشرعي حيث جاء في الفقرة رابعاً من القرار رقم 1/د 1988/8/4 الخاص بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً ما يلي: (يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر).

لقد نظم القانون المدني العراقي لسنة 1951 (عقد الهبة) ضمن العقود الواردة على الملكية فعرفتها المادة (601) على النحو الآتي:

(1 ـ الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض. 2 ـ والصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب. وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص).

ثم أضافت المادة 603 ما يأتي: (1 ـ لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض. ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة. 2 ـ وإذا أذن الواهب صراحة صحة القبض في مجلس الهبة أو بعده. وأما أذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة. وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة).

ولا شك أن قواعد عقد الهبة الواردة في المواد من (601 ـ 625) في القانون المدني العراقي جاءت متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي وهي تخص الأموال، فهل الجزء

والعضو البشري، من الأموال ولا تتم الهبة فيه إلا بالقبض؟ وهل يمكن الرجوع في الهبة؟

وقبل الإجابة عن ذلك، لابد من الإشارة إلى موقف المشروع المدني الجديد الذي خصص للهبة المواد (715 ـ 729) وعرّف الهبة على أنها: (عقد ينقل ملكية الموهوب من الواهب، حال حياته، إلى الموهوب له بغير العوض). ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له عوضاً معيناً (المادة 716) ولا يغير هذا العوض من جوهر عقد الهبة.

وفيما يخص الهبة بالأعضاء البشرية، فإن التشريعات الطبية الوضعية العربية والأجنبية توجب الكتابة كشرط لانعقادها ويلزم الحصول على إقرار (القبول) من الواهب تحريرياً. فالهبة ليست عقداً رضائياً وإنما أصبحت من العقود الشكلية خلافاً للقواعد العامة في عقد الهبة للدلالة على خطورة التصرف من الواهب والتثبت من صحة رضاه.

فقانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 نص على أن من مصادر الحصول على العيون هي: (1 ـ عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها. 2 ـ عيون الأشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبياً).

إلا أن المادة الثالثة من القانون نصت على ما يأتي:

(يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة السابقة ضرورة الحصول على إقرار تحريري من المتبرعين أو الموصين وهم كاملو الأهلية ويسري على الحكم أيضاً على الحالات الواردة في الفقرة (2) فإذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيجب الحصول على إقرار تحريري من وليه ولا يشترط موافقة أحد في الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة السابقة).

وعلى الرغم من وجود الملاحظات الجوهرية على الصياغة التشريعية لهذه المواد الخاصة بالعيون وغرسها، إلا أن ما يلاحظ على قانون مصارف العيون بشأن هبة العين ما يلي:

أولاً: ميز القانون بين كامل الأهلية (قوي الإدراك) وبين ناقص الأهلية في هذا المجال، فكامل الأهلية لا تنعقد هبته إلا باتباع الشكلية القانونية الكتابية (الإقرار التحريري) وهو ركن لانعقاد الهبة تبصيراً للمانح لمخاطر التصرف وللتثبت من حقيقة الرضاء وعدم وجود الثمن النقدي وهو فوق ذلك دليل كتابي على صحة الرضاء.

ولم يفصح المشرع أو يعالج حالة (القاصر المتزوج) الذي اعتبرته المادة 3 من قانون رعاية القاصرين لسنة 1980 (كامل الأهلية) إن كان قوياً في قواه العقلية ولزواجه بإذن المحكمة بعد بلوغه الخامسة عشرة من عمره، وكذلك يلزم أن يذكر المشرع خضوع القاصر المأذون الذي نصت عليه المادتان (98 و99) لنفس أحكام ناقص الأهلية وإن كان مأذوناً.

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يجوز للزوجة مثلاً أن تعترض على هبة زوجها القاصر بعينه أثناء الحياة وما حكم هذا الاعتراض؟

ثانياً: لم يوفق المشرع في صياغة نص المادة (3) والفقرة (2) حين كرر عبارة (القاصر) و(ناقص الأهلية) ونعتقد بأهمية تعديل الفقرة والنص على حكم (ضعيف الإدراك) سواء أكان ذلك بفعل السن أو لعارض من عوارض الأهلية فإنه يلزم إلى جانب الإقرار التحريري موافقة الولي أو الوصي وعلى أن يكون التنازل للشقيق فقط، والسماح له بالعدول عن هبته في أي وقت ممكن.

أما تصرفاته الأخرى، كالهبة بعضو بشري لغير الشقيق، تكون باطلة ويتحمل الطبيب والمستشفى والمانح للإذن كالوصي مثلاً المسؤولية القانونية (الجنائية والمدنية) بالتضامن وفقاً للمواد (202 و205 و209 و217 و1/219 من القانون المدني العراقي) ووفقاً للمادة (412 أو 405) من قانون العقوبات.

ثالثاً: إن الأشخاص الذين يقرر استئصال عيونهم طبياً لا داعي لأن يشترط المشترط على الإقرار الكتابي من كامل الأهلية أو ممن هو ضعيف الإدراك مع موافقة الولي أو الوصي لزرع العين في جسد محتاج لها/له ما قيمة هذا الإقرار أو الموافقة بالنسبة لعضو بشري استأصل طبياً ولا يستفيد منه المتنازل (المريض)؟ إلا إذا اشترط المريض منح العين المستأصلة لشخص معين.

رابعاً: أغفل القانون النص على منع التصرف القانوني لأي سبب كان بالعين الواحدة للمعطي، لأن تنازل المعطي عن عينه يلحق به ضرراً جسيماً وهو العجز الدائم والحرمان من نعمة البصر والتمتع بمباهج الحياة، هذا فوق أنه يعد (جريمة أذى للنفس)، فصاحب العين الواحدة حسب جدول العطل العضوي هو من الدرجة السادسة ونسبته المئوية 50٪.

أما بالنسبة لقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 فقد نصت الفقرة (أ) من المادة الثانية على أن مصادر الحصول على الأعضاء من الأحياء من يتبرع بها (ويقصد المشرع هنا الهبة بها) حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع - الهبة - أو الإيصاء وبإقرار كتابي (الشكلية القانونية الكتابية).

المطلب الأول: الملاحظات الواردة على هبة الأعضاء البشرية في التشريع العراقي

أولاً: لم ينص المشرع العراقي على منع هبة الشخص للأعضاء المنفردة التي لا تفضي إلى الهلاك كالعين الواحدة، لأن التصرف بالعضو المذكور هو ضرر جسدي جسيم قد يكون الباعث فيه غير مشروع وهو من جرائم الأذى ضد البدن.

ثانياً: إن المشرع لم ينص على منع الهبة بالعضو البشري المنفرد التي تفضي الهبة به إلى الهلاك كالقلب والكبد أو تلك الأعضاء التي تترك على الجسد عاهة مستديمة. وهو قصور تشريعي يلزم النص عليه صراحة فطبقاً للقانون الحالي تصح هبة الشخص الحي بقلبه أثناء الحياة وإن أفضى ذلك إلى موته وهو فعل يلزم أن يكون مشمولاً تحت

نطاق الجرائم ضد الأشخاص المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل ومحاسبة القائمين بالعمل الطبي المذكور.

أي أن المسؤولية الجنائية تنهض على القائمين بمثل هذا العمل الطبي فلا يجوز التضحية بحياة إنسان من أجل إنسان آخر، فالأرواح لها نفس القيمة والحماية القانونية، مما يستجوب العقاب على من أزهق الروح للحفاظ على روح أخرى، والتوازن بين المصلحة والخطر غير موجود.

أما المسؤولية المدنية فتقوم ويحق للزوج والأقربين من الأسرة (حتى الدرجة الثانية) المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بهم حسب المواد (205 و207 و203 و209 من القانون المدني العراقي).

ثالثاً: إن القانون رقم 85 لسنة 1986 سالف الذكر لم يبين حكم الشخص ضعيف الإدراك بالنسبة لهبته بعضو بشري ولم يبين كذلك حكم الهبة من القاصر المتزوج والقاصر المأذون. فهل إن عقد الهبة ــ لقريب أو بعيد ــ بعضو بشري من التصرفات النافعة نفعاً محضاً أم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للواهب والموهوب له.

ونعتقد أن على المشرع أن يبين هذه الأحكام التي هي في حقيقة الأمر قد لا تتطبق عليها القواعد العامة لنظرية العقد الخاص بالمعاملات المالية لأن الهبة هنا ترد على عضو بشري أو جزء منه يمس (الحق في السلامة الجسدية) ويتعارض مع مبدأ حرمة جسد الإنسان. فالحياة هي أغلى ما يحرص عليه الإنسان، لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي وإن فقدها يعتبر شر المصائب، لأنه فوق الألم

الجسماني الذي يصاحبه، يحرم الإنسان كل متعة ويقضي على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته[1].

هذا بالإضافة إلى أن الحياة وسلامة الجسم والصحة أغلى من الأموال ولأن ما يفقده الكيان البشري لا يمكن تعويضه عيناً لاستحالة ذلك في كثير من الأعضاء البشرية، كالأطراف مثلاً، في حين أن الأموال يمكن أن تعوض إذا لحقها التلف أو أصابها ضرر.

المطلب الثاني: ضرورة التبصير بالمخاطر قبل القبول

قبل الدخول في الموضوع لابد من توضيح فكرة القبول بالمخاطر Accptation des risqes وأثر رضاء المتضرر على قيام المسؤولية المدنية، إذ الأصل أن قبول الشخص بالمخاطر لا يعفي المسؤول عن مسؤوليته إذا كان قبول المتضرر قبولاً مخطئاً (خطأ المضرور) وهو سبب أجنبي يقطع رابطة السببية[2]، فيشترط أن يكون الراضي بالمخاطر أهلاً أي ذا أهلية قانونية[3]. فقلع ضرس المريض وحدوث المضاعفات لا يعفي الطبيب من المسؤولية بحجة أنه قبل بالمخاطرة[4].

وفكرة القبول بالمخاطرة مفادها أن الشخص يقبل مختاراً على استعمال شيء خطره خطر ليس عادياً وهو عالم بذلك، كالركوب في سيارة سباق أو على حصان للمسابقة أو لعب رياضة عنيفة فالاجتهاد الحاصل هنا أن إقبال الشخص مختاراً على التعرض للخطر الناجم عن الشيء يعتبر بمثابة قبول منه بالضرر المتأتي عن هذا الخطر

---

(1) الدكتور سليمان مرقس، في انتقال الحق في التعويض إلى ورثة المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، س18، 1948، ص115.

(2) تمييز فرنسي 1976/1/8 دالوز 1977 مشار إليه في مؤلف عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات (مصادر الموجبات)، ط2، 1981، ص215، هامش 1.

(3) تمييز فرنسي الفقرة الرابعة قرار نهائي رقم 78 ـ 72 ـ 1972 ص92 مشار إليه في مؤلف عاطف النقيب السابق، ص215.

(4) استئناف كولمال 24 ـ 6 ـ 975. دالوز 1976 مشار إليه في مؤلف عاطف النقيب، ص215.

وأن هذا القبول بالمخاطر من المضرور يبرأ الحارس من المسؤولية، فاختلف الفقه المدني في بيان أساس البراءة؛ فقال بعضهم بنظرية العقد ومصدر الضرر الاتفاق الضمني على عدم مسؤولية الحارس وهو أساس ضعيف لأن الضرر لحق بالنفس أو الجسد وهو متعارض مع النظام العام وقال بعضهم بفكرة الخطأ من المتضرر[1].

أما في مجال زرع أو غرس ونقل الأعضاء والأجزاء البشرية فإن التبصير للمتنازل للتثبيت من رضاه الصحيح يكون من خلال الدليل الكتابي (الشكلية القانونية الكتابية)، وهو ما تتجه إليه الكثير من التشريعات الصحية. وقد جاء في المادة (4) من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات غرس الأعضاء البشرية (والقوانين الخاصة بزرع الأعضاء البشرية) أن يحاط الواهب علماً بكل النتائج الصحية المحتملة والمؤكدة في حالة استئصال العضو لغرسه في جسد المتلقي وإلى هذا اتجه الفقه والقضاء في فرنسا حيث يلزم الطبيب بتبصير الشخص بالنقل والزرع فجاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال ما يلي:

على الطبيب أن يقوم بـ (إفصاح بسيط وتقريبي ذكي وأمين)[2].

إلا أن هذا لا يعني أن على الطبيب أن يقوم بشرح مفصل ومسهب عن طبيعة العمل الطبي الذي سيقوم به ونسبة المخاطر والأعراض الجانبية والأمراض المحتملة وما إلى ذلك على نحو يجعل الواهب في حيرة وخوف وتردد، أو بالعكس يقوم بتبسيط الأمر وتسهيله وهو في طبيعته من الأعمال الطبية المعقدة التي تستجوب فناً وعلماً جراحياً واسعين وإمكانات طبية متطورة.

---

(1) عاطف التقيب، المرجع السابق، ص215 ـ 216.
إن سلامة الإنسان في جسده أمر يتعلق بالنظام العام وهو أمر يجاوز إرادته لأن المجتمع السليم يفترض أن يكون أفراده سليمي البنية الجسدية والنفسية، لا سيما وأن أي خلل حاصل في هذه البنية ينعكس سلباً على الحياة الاجتماعية كما يرتب أعباء على الأسرة والمؤسسات الخاصة بالرعاية الاجتماعية هذا فضلاً عن الأثر السيئ الذي تتركه العاهة في نفسية المواطن وإلى هذا اتجهت محكمة النقض الفرنسية.
انظر الدكتور مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، جـ2، المسؤولية الجنائية، مؤسسة نوفل، 1985، ص505.

(2) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص329.

إن الحصول على رضى المتنازل (وقبوله المعبّر عنه بوسيلة كتابية) أو موافقة ذويه في حالة الاستحالة الشخصية لضعف الإدراك بفعل عامل السن أم العوارض، ركن في انعقاد عقد العلاج الطبي كمبدأ عام فيما عدا حالة الضرورة أو الإصابة بمرض خطير كالإيدز أو الكوليرا فيخضع المريض رغم إرادته للمعالجة حفاظاً على الصالح العام.

فالطبيب لا يلتزم بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع استيعابها علمياً سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة، فهو لا يستطيع أن يشرح للمريض كل ما يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير أو الصدمات الكهربائية طالما أن تلك الطرق من المتعارف علمياً على استخدامها ولا تدخل ضمن التجارب الطبية حول صلاحيتها الأولية عدا حالة ما يمكن أن تثيره تلك الوسائل من نتائج ضارة على حالته الجسمية إذ ينبغي على الطبيب إحاطة المريض علماً بذلك، ويعفي الطبيب من حالة (الإعلام العلاجي) هذه حالة الضرورة[1].

المطلب الثالث: التثبت من (القبول) بالعلاج والغرس في العراق

إن التشريعات الطبية العراقية، كقانون مصارف العيون لسنة 1970 وقانون الصحة العامة وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 وغيرها جاءت خالية من النص على ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية، وإن هذه التشريعات ليست كافية في بيان الحكم القانوني من الأعمال الطبية المتنوعة لا سيما الحديثة منها، إلا أنه مع ذلك جاءت (تعليمات السلوك المهني للأطباء) الصادرة في عام 1985 مشيرة إلى ضرورة الحصول على الرضاء من المريض وحالة الضرورة حيث ورد ما يلي:

((المسؤولية ورضى المريض:

---

(1) د. محمد حسنين منصور، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة والمرضين والمرضات.
موسوعة القضاء والفقه، جـ241، 1985، ص36.

لا مناص من رضى المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض. يقع على عاتق الطبيب إثبات حصول الرضى بصورة من الصور سواء أكان ذلك كتابة أو بالظروف التي تحيط بالعمل وذلك بحسب ظروف كل واقعة وبحسب الإمكان والضرورة.

إن رضى المريض لا يبرر قيام الطيب بعمل غير قانوني أو في غير حينه كما في وقائع الإجهاض الجنائي أو وقائع التدخل الجراحي في غير أوانه.

لا حاجة للطبيب لاستحصال الرضى في وقائع العوارض التي يفقد فيها المريض وعيه وإرادته وتتطلب إسعافاً مستعجلاً بوسع الطبيب أن يقوم بمعالجة المجانين حتى مع استعمال القوة))[1].

من خلال ما تقدم نستنتج حالات مسؤولية الطبيب لعدم الحصول على الرضاء في العلاج أو غرس الأعضاء البشرية يكون في الحالات التالية:

1. عدم مراعاة قبول المريض بالعلاج وعدم التثبت من الشكلية القانونية الكتابية.
2. قيام الطبيب بعمل غير قانوني كالتجربة الطبية لعلاج العين.
3. قيام الطبيب بالتدخل الجراحي في غير الوقت المناسب كالإجهاض الجنائي.
4. التدخل الجراحي من الطبيب المتأخر والحال أن حالة المريض تستجوب السرعة في العلاج كعلاج الزائدة الدودية أو معالجة الجلطة القلبية أو الصعقة الكهربائية.

إلا أن هذه المسؤولية غالباً، إن لم تكن بصورة دائمة، لا تتعدى العقوبات الانضباطية الوظيفية مع إحاطة القضية بالكتمان والسرية مما يضيع هدراً حق

(1) أقرت هذه التعليمات في 1985/5/19، ص5.
ويلاحظ أن هذه التعليمات لم تشر إلى مسؤولية المستشفى والكادر الطبي الآخر، كالمرضة والمخدر والمستخدم وغيرهم.

الشخص في التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناشئة عن المساس بجسده أو حياته حتى مع ثبوت خطأ الطبيب وإهمال المستشفى وهو ما لا تقره قواعد العدالة.

ومن المفيد الإشارة إلى قرار مجلس قيادة الثورة رقم 620 في 1988/6/23 في هذا المجال حيث جاء فيه:

(1- يخول وزير الصحة معاقبة أي منتسب من منتسبي الوزارة في حالة ثبوت تقصيره (عدا من صدر مرسوم جمهوري بتعيينه) بأي من العقوبات الآتية:

أ- الفصل لمدة لا تزيد عن 5 سنوات مع منع مزاولة المهنة الطبية مدة الفصل.

ب- الإحالة على التقاعد بدرجة أدنى مع منع مزاولة المهنة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات.

ج- تنزيل الدرجة الوظيفية درجة واحدة.

2- يخول المدراء العامون ومدراء المستشفيات ممارسة الصلاحيات المذكورة في الفقرة (1) أعلاه بالنسبة لموظفي الدرجة الرابعة فما دون العاملين في دوائرهم عدا الموظفين من ذوي المهن الطبية)[1].

المطلب الرابع: الرجوع عن هبة الأعضاء البشرية

هل يجوز للواهب الرجوع عن الهبة؟

للإجابة على ذلك نقول إن القوانين الطبية الوضعية، ومنها العراق، لم تبين ذلك، إلا أنه وجدت إشارة في بعض القوانين الطبية بالنسبة لضعيف الإدراك الذي له أن يتراجع عن تقديم العضو منه ولا يجوز إجباره على التنازل على نحو ما تقدم.

---

(1) الوقائع العراقية، العدد 3209، في 1988/7/4.

أما ما جاء في القانون المدني العراقي، والقوانين المدنية الأخرى، فهو يخص الرجوع عن الهبة بالنسبة للأموال فهل تسري قواعدها على الأنسجة والأعضاء البشرية؟!.

فالقانون المدني العراقي خصص المواد (من 620 ـ 625) لحالات الرجوع في الهبة بالنسبة للأموال فالمادة (620) أوضحت على أن للواهب أن يرجع في هبته برضاء الموهوب له فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عن تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع.

وموانع الرجوع في الهبة في نطاق الأموال ذكرتها المادة (623) وهي:

أ- يمنع الرجوع في الهبة إذا حصل الموهوب به زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عد حق الرجوع، وهو غير ممكن بالنسبة لغرس الأعضاء.

ب- يمنع الرجوع في الهبة عند موت أحد المتعاقدين، وهنا يمكننا أن نقول في مجال زرع الأعضاء البشرية إن الواهب لو مات قبل العملية المطلوبة فإن هبته تأخذ حكم الوصية ويمكن استئصال العضو منه ما لم توجد معارضة من الزوج والأقربين.

ج- أن يتصرف الموهوب له تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي. وهذه الحالة لا تسري على خصوصية غرس الأعضاء البشرية.

د- يمنع الرجوع في الهبة إن كانت من أحد الزوجين، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة.

ولاشك أن هذه الحالة غير متصورة في مجال غرس الأعضاء البشرية لأن نجاح الأعمال الطبية في ميدان الغرس للأعضاء البشرية تشوبها المحاذير الطبية بينهما لأن التوافق النسيجي غالباً ما لا يتوافر بين الزوجين.

هـ- أن تكـون الهبـة لـذي رحـم محـرم، فـإن وقعـت لـه يمنـع الرجـوع في الهبـة كالخالة والعمة والخال والعم وهذا الحال مقصور ذلك على الأموال.

و- هلاك الموهوب به يمنع الرجوع في الهبة وهذه الحالة غير متصورة في محال غرس الأعضاء البشرية.

ز- حصول الهبة بعوض يمنع الرجوع في الهبة وهذه حالة يمكن أن تسري على غرس الأعضاء البشرية، فالواهب البالغ العاقل الذي حصل على مكافأة وتكريم سابق على التنازل هل يستطيع التراجع عن تقديم العضو؟

سبق أن بينا هذا الحكم، فهو إذا كان ليس ملزماً بتقديم العضو من جسده وتحمل الآلام الجسدية والمعنوية والمادية إلا أنه يلزم بدفع النفقات المادية المبذولة التي أنفقت عليه لإخلاله بالعقد لعدم تقديم الموهوب به.

كما منعت المادة (623) من القانون المدني العراقي الرجوع في الهبة في مجال الأموال إذا وهب الدائن الدين بذمة المدين وحالة ما إذا كانت الهبة جاءت على سبيل الصدقة من الواهب.

كما جاء في المشروع المدني العراقي الجديد (المادة 726) على أن حالات الرجوع في الهبة محددة حصراً إذ ورد ما يلي:

(لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة إلا بقرار من المحكمة وفي الحالات الآتية:

1. إذا دخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب إخلالاً يعتبر جحوداً كبيراً من جانبه.
2. إذا أصبح الواهب عاجزاً على أن يوفر لنفسه أسباب العيش الكريم أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.
3. إذا كانت الهبة مقدمة كهدية من أحد الخطيبين للآخر، وفسخت الخطبة بخطأ الموهوب له).

ونعتقد أن ما ورد في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وفي المشروع المدني العراقي الجديد، من أحكام الهبة والقواعد اللازمة في حالات الرجوع وموانع الرجوع، إنما هي خاصة بالمعاملات المالية ولا تسري على (أحكام الهبة في مجال غرس الأعضاء البشرية).

إلا أن بعضاً من هذه القواعد يمكن أن تسري على حالة التصرف بجزء من الجسد أو العضو البشري من طريق الهبة، بينما لا يمكن أن تسري جميع أحكام قواعد الهبة في التصرفات المالية على زرع الأعضاء البشرية لخصوصية كل من المجالين (العمل الطبي) و(التصرف المالي).

يضاف إلى ما تقدم، أن قانون رقم 113 لسنة 1970 وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 أغفلا النص في حالة رجوع الواهب عن هبته بعد الإقرار التحريري وقبل نقل العضو منه ومصير أو حكم النفقات المالية على من تكون. ثم حكم الرجوع بعد إجراء العملية الطبية في غرس العضو. كما لم نعثر على حكم (الهبة المشروطة) في القانونين المذكورين.

ولكننا نشير بهذه المناسبة إلى ما نصت عليه المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لسنة 1986 التي أجازت للواهب بأن يرجع في هبته في أي وقت دون قيد أو شرط حيث نصت على ما يلي:

(... ويجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط).

ولا شك أن هذا النص جاء غامضاً بل في بعض الأحيان مستحيلاً ويكفي أن نقول كيف للواهب أن يرجع في هبته للكلية أو القرنية بعد نقلها وغرسها في جسم المتلقي؟ لهذا فإن إمكانية الرجوع عن من الواهب غير متصورة إلا في حالة الرجوع بعد الإقرار أو قبله أي قبل المباشرة بعملية النقل، ونعتقد أن الحكم يختلف في الحالتين إذ

يفترض أن يتحمل جميع التكاليف المادية كحجز المكان في المستشفى والنفقات الأخرى إذا عدل بعد توقيع الإقرار ولا مسؤولية عليه قبل بناء عقد الهبة.

كما يلاحظ أن طبيعة عمليات نقل الأعضاء البشرية يوجب قيام الرضاء عند تكوين العقد (عقد الهبة) واستمرارية الرضاء عند الواهب حتى الانتهاء من عملية نقل العضو وزرعه. أي أن يكون الواهب على اختياره الحر حتى لحظة التخدير لإجراء العمل الطبي. ولهذا فإن احتمال رجوع الواهب قبل تنفيذ العملية جائز في كثير من القوانين وليست هناك أية مسؤولية على الواهب ولا يوجد جزاء معين على عدوله عن هبته كمبدأ عام، إلا أن هناك من يرى تحميله للنفقات المادية التي أنفقها المتنازل إليه (الموهوب له) كالحجز في المستشفى وأجور الأطباء والنفقات الأخرى[1]، وهو اتجاه سليم.

ومن جهة أخرى فإن التشريع الأثيوبي (المادة 19 من القانون المدني) وقانون زرع الكلية الإيطالي لسنة 1967 (المادة 2) و(المادة 11) من مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي والقانون الفرنسي رقم 1181/76 في 1976/12/23 والمرسوم الصادر في 1978/3/31 الخاص بزراعة الأعضاء في فرنسا، نصت كلها على جواز رجوع المتصرف الذي بمقتضاه يتصرف الشخص في جسده أو جزء من البدن سواء أكان

(1) الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص144 ـ 145.
لا شك أن الضرر الذي سيلحق المريض المحتاج للعضو البشري لعدول الواهب عن هبته تتمثل من حيث المبدأ (الضرر المادي) وهذا الضرر يتحلل إلى عنصرين هما:
1- ما لحق المتضرر (المريض) من خسارة مالية كنفقات العلاج والدواء وأجور الأطباء والحجز والإقامة في المستشفى تنفيذاً لعقد الهبة. إلا أنه يجب التمييز بين نفقات إقامة المريض وهو راقد أصلاً في المستشفى وبين (النفقات التي أنفقت تنفيذاً لعقد الهبة) أي الاستعدادات الجارية لنقل العضو من المتنازل. ولا يطالب الواهب بجميع هذه النفقات لأنه يتنافى وقواعد العدالة وإنما يكون مسؤولاً عن النفقات والخسارة المالية الناشئة عن الحجز له والاتفاقات مع الأطباء وأجور إقامة الواهب ومصاريفه إن كان قد دفعها الموهوب له.
2- ما فات على المتضرر (الموهوب له) من كسب كأن يكون صاحب مهنة حرة أو موظفاً أو متقاعداً له مهنة أخرى أو ربة البيت. فهؤلاء، في رأينا، يفوتهم الكسب إن كان قد رقد الموهوب له في المستشفى تنفيذاً لعهد الهبة.
وقد أشارت لهذين العنصرين المادة (207) مدني عراقي.

التصرف قابلاً للنفاذ حال حياة الشخص (كالهبة) أو بعد وفاته كالوصية الواردة على أعضائه أو جثته[1].

لذلك نؤيد هذا الاتجاه لأنه سليم ونأمل من المشرع العراقي النص عليه سواء بالنسبة للمتصرف البالغ العاقل أم فيما يخص ضعيف الإدراك، فللإنسان أن يرجع في هبته أو وصيته ولا تصح الوصية إلا إذا مات الإنسان مصراً على الوصية. وقد نصت المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل على ما يلي:

(تبطل الوصية في الأحوال التالية:

1. برجوع الموصي عما أوصى به، ولا يعتبر الرجوع إلا بدليل يعدل قوة ما ثبتت به الوصية.
2. بفقدان أهلية الموصى إلى حين موته.
3. بتصرف الموصي به تصرفاً يزيل اسم الموصى به أو معظم صفاته.
4. بهلاك الموصى به أو استهلاكه من قبل الموصي.
5. برد الموصى له الوصية بعد موت الموصي).

المطلب الخامس: نقل الأعضاء وفكرة رضى الواهب بالضرر

سبق أن تعرضنا لمفهوم القبول بالمخاطر من الواهب، إلا أن الذي يهمنا في هذا المجال هو أن حالة قيام الواهب بقبول الهبة لعضو من أعضائه والإقدام على المخاطرة برضاه الحر بالتنازل عن العضو للمتلقي يثير حالتين هما:

1. أركان انعقاد عقد الهبة (التراضي والمحل والسبب والشكلية).
2. صحة الرضى من الواهب، فيما يخص الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

---

(1) د. حسام الاهواني، ص144.
د. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية، جـ2، ص512.

فالواهب حينما يقبل بالتنازل عن عضو من جسده ويمس سلامة كيانه البدني إنما يعبر عن إرادته بدليل كتابي بملء حريته ويجب مطابقة هذا القبول للإيجاب المعروض عليه من المتلقي وهو من شروط صحة القبول فإذا تباين القبول عن الإيجاب في الشروط كطلب الثمن أو العوض لقاء التنازل فلا تنعقد الهبة وهذه المسائل تخضع للقواعد العامة لنظرية العقد.

كما نقصد بالسبب هو السبب الطبي لا الباعث الدافع على التقاعد ـ على نحو ما سنبينه ـ هذا فوق أن صيغة العقد الشكلية التي أوجبها القانون للتثبت من وجود رضى المتنازل تحريرياً.

أما صحة الرضى فإن ما يؤثر في صحة عقد الهبة هو الأهلية القانونية التي يلزم توافرها في الواهب وعند وجود نقص الأهلية يلزم قيام الولي أو الوصي للتعبير عن الإرادة بالقبول نيابة عن ناقص الأهلية على نحو ما بيناه، وإلى جانب ذلك يجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال.

إلا أن الجزاء القانوني الذي يترتب على وجود هذا العيب يقتصر على التعويض المدني وربما الجزاء الجنائي والتعويض يتمثل بوجود الضرر الجسدي للواهب الذي ينشأ عن الضرر المادي (ما لحق المتضرر من خسارة) و(ما فاته من كسب) وبالضرر المعنوي وهي الآلام الجسدية التي كابدها المتنازل والحزن والألم والمساس بالشعور وحرمانه من التمتع بمباهج الحياة وغيرها وهو يقدر جملة واحدة لأنه ليس كالضرر المادي.

وإذا كان الإيجاب في عقد الهبة يتمثل في طرف المتلقي (الموهوب له) وأن القبول في طرف الواهب الذي يجب أن يكون رضاه قائماً بطرق التعبير عن الإرادة كتابي على نحو ما نصت عليه المادة 1/77 من القانون المدني العراقي، فإن السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة من الواهب للدلالة على وجود الرضى عنده.

ويلاحظ في هذا المجال أن المادة (81) من القانون المدني العراقي ذكرت قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول..) والسكوت هنا لا يعد رضاء من المتنازل بإجراء عملية نقل العضو منه. إلا أن الأستاذ (سافتييه) يقول إن القضاء الفرنسي على العموم عمد إلى التخفيف من عبء الإثبات على الأطباء والتوسع في فهم القرائن التي يستخلص منها الرضاء تيسيراً لواجب الأطباء واحتراماً لأداء رسالتهم[1]. كما يذكر جانب من الفقه أن قبول (رضاء الواهب) هو رضاء بما يتولد عن التنازل فلا يسأل الطبيب مدنياً عن الضرر الذي يصيب المريض الذي اختاره علاجاً معيناً أو رضي به - كنقل العضو منه - متى كان الطبيب قد راعى أصول المهنة[2].

نعود الآن للسبب في عقد الهبة وهنا يقصد به هو السبب الطبي لا السبب القانوني في عملية نقل العضو من الواهب ولا يراد بالسبب الطبي هنا (إجراء التجربة الطبية) وإنما الباعث الدافع المشروع في علاج شخص لإنقاذ حياته من الهلاك انطلاقاً من مبدأ الموازنة في المصالح إذ لا يجوز للطبيب إجراء عملية نقل وزرع العضو البشري إذا عرف أن السبب الدافع للواهب هو التخلص من الخدمة العسكرية أو الحصول على مقابل نقدي أو عيني، وإلا نهضت مسؤولية الطبيب القانونية؛ لأن المادة (4) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية أوضحت الجزاء القانوني على من يخالف أحكام القانون رقم 85 لسنة 1986 وأن المادتين (71 و72) من قانون العقوبات العسكري رقم 13 لسنة 1940 المعدل نصتا على مسؤولية الشخص في حال التمارض أو إلحاق الأذى للتخلص من الخدمة وحال التمارض أو إلحاق الأذى بالنفس.

ولما كانت عملية نقل العضو وغرسه يجب أن تكون بناء على الرضاء الحر من الواهب حتى يدرك المخاطر الناجمة عن تصرفه رغم توضيحات الطبيب على نحو ما

(1) الأستاذ سافتييه، في المسؤولية المدنية، جـ2، نبذة 783، ص399.
مشار إليه في مؤلف عبد السلام التونجي، ص379.
(2) الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص84.

تقدم في أبعاد العملية الجراحية، فإن الفقه المدني في العراق ومصر (نهجا على خطى الفقه الفرنسي) اتجه إلى رفض ترتيب أي أثر على الاتفاق الذي يرضي به المريض بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف من مسؤولية الطبيب أو الجراح حتى ولو كان العلاج أو العملية قد تم بناء على طلب المريض نفسه أو إلحاحه[1].

فالاتفاقات الماسة بجسد أو حياة الإنسان باطلة لأنها تمس النظام العام (أي النصوص القانونية الآمرة الخاصة بالحق في السلامة البدنية) وقد تعرفنا إلى ذلك فيما سبق.

ولكن ما صحة الرضاء وحكم مسؤولية الطبيب أو الجراح حين يقبل المتنازل أو المريض برضاه الحر إجراء عملية جراحية خطيرة رغم نصح الطبيب له بأن الأمل في نجاح عملية النقل للعضو البشري أو العمل الطبي، لأسباب طبية، ضئيل فهل يمكن إعفاء الطبيب من المسؤولية؟

الجواب: نعم كأصل عام.

ففي قضية قريبة من هذا الموضوع ذهبت فيها محكمة السين بفرنسا في 1929/2/22 إلى الحكم بعدم مسؤولية الطبيب لوفاة آنسة أجرى لها طبيب تجميل عملية جراحية تجميلية بناء على رضاها وتهديداتها بالانتحار حتى تتمكن من الزواج[2].

وعدم مسؤولية الطبيب هذا تقرر لعدم حصول خطأ منه لا سيما وأنه نبه المريضة لمخاطر العملية مسبقاً وأنه راعى أصول الفن والعلاج الطبي.

ثم إن أي اتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز إذا لم يكن بفعل غش (نية الإضرار) أو خطأ جسيم وأن لا يكون الضرر واقعاً على شخص الإنسان أو شرفه

---

(1) الدكتور حسن الذنون، تعديل أحكام المسؤولية المدنية، محاضرات على طلبة الدراسات العليا للعام الدراسي 1987 ـ 1988، غير منشورة، ص13.
الدكتور حسن الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دون سنة نشر، ص309.
الدكتور محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، القاهرة، 1961، ص85 وما بعدها.

(2) الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق.

أو سمعته[1]. غير أن هذا لا يعني الإعفاء من الاتفاقات الواقعة على جسد الإنسان كاتفاق (شايلوك) الذي أراد اقتطاع 2 كيلو من لحم المدين لعجزه عن سداد الدين والفائدة. وإنما بطلان الاتفاق على عدم مطالبة المضرور بالتعويض المدني في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية الواقعة على جسد الإنسان كما في حالة نقل العضو وغرسه أو العمليات الطبية الخطيرة[2].

ولا شك أن هذه الاتفاقات الماسة بالحق في السلامة البدنية تخالف النظام العام. وجاء في المادة 1/130 من القانون المدني العراقي ما يلي:

(1 ـ يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب والا كان العقد باطلاً)[3]. كما نصت المادة (3/259) من القانون المدني العراقي ما يلي: (3 ـ ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

بناء عليه فإن القضاء الفرنسي يعتبر الاتفاقات الواقعة على جسد الإنسان غير مشروعة ومنافية لحسن الأخلاق[4]. ومع ذلك فإن رضاء المريض ليس ممكناً دائماً إذ يستثنى من ذلك حالة الضرورة لهذا قيل (إن الضرورة لا يحكمها قانون) فلو قام الطبيب باستئصال عضو من المريض وقاية لصحته وحفاظاً على بدنه كقطع اليد منعاً لانتشار التسمم أو قطع الثدي المتورم لوجود الخلايا السرطانية، ليس للمريض أن يحتج

---

(1) المرجع السابق، ص25.

(2) المرجع السابق، ص25.

(3) نص المشروع العراقي على (محل الالتزام) ويريد بذلك (محل العقد) فالمحل في الالتزام غير العقدي يتولى القانون بيانه ويكون دائماً مشروعاً وصحيحاً وموجوداً لذلك فالصحيح أن ينص المشرع على عبارة (محل العقد). كما أن المشرع العراقي ذكر في المادة 2/130 مفهوم النظام العام ولم يكن موفقاً في ذلك إذ لم تذكر الكثير من القوانين المدنية العربية ما يقابلها لأن فكرة النظام العام ليس لها ضوابط يجمعها وتكون فكرتها شاملة ومانعة.
انظر: ملاحظاتنا في القانون المدني العراقي (التناسق الداخلي والتوافق الخارجي) قدمت إلى ندوة القانون المدني المنعقدة في أواخر ديسمبر 1988.

(4) انظر في ذلك: الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق، ص26.

بحصول مساس بسلامته الجسدية إن كانت أصول المهنة الطبية قد جرت مراعاتها في العمل الجراحي.

وفي الجيش فإن رجال الصنوف العسكرية بانخراطهم في سلك الجندية يفقدون ما لهم من حقوق على أجسادهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج والتضحية بالحياة فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة والمجتمع من خطر الأعداء وحماية الوطن[1]. ويتعرض العسكري للعقاب في حالات إلحاق الأذى بالنفس كالشروع في الانتحار أو ضرب وبتر الأصابع أو تأخير التماثل للشفاء على نحو ما تقدم. إلا أن الأمر مختلف في دول أخرى فالجنود الأستراليون وفي نيوزلندا رفضوا التلقيحات ضد الانتراكس للمضاعفات التي قد تحدثها هذه اللقاحات .

بل يمتد الأمر أحياناً إلى غير الجنود حين توجب مصلحة الوطن عدم الاعتداد برضى الشخص في قبول العلاج كما في حالة التطعيم ضد الأمراض أو الأوبئة أو الخضوع الإلزامي لفحص السلامة الجسدية والتثبت من صحة البدن وخلوها من الأمراض المعدية كالإيدز أو الكوليرا أو غيرها ، ولقد أوجب المشرع العراقي على كل شخص عربي أو أجنبي يدخل العراق الخضوع للفحص واستحصال شهادة السلامة والبراءة من مرض فقدان المناعة والمكتسبة.

وفي ميدان نقل الأعضاء فقد استقر الأمر في التشريعات الأجنبية والعربية وفي العراق على ضرورة أخذ رضى الشخص الحر حتى يدرك المخاطر الناجمة عن قبوله المخاطرة بإجراء العملية الجراحية وتحمل نتائجها وبخلافه فإن الطبيب قد يتحمل الجزاء لقيام المسؤولية الجنائية أو المدنية[2].

(1) الدكتور حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص307.

(2) انظر العقوبات التي نصت عليها المادة (4) من قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 وما نصت عليه المادة (4) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 علماً أن (الشكلية القانونية الكتابية) للتثبت من رضاء الواهب ركن في عقد العلاج لغرس الأعضاء.

ولكن يثار السؤال هنا عما إذا كان الكذب من الطبيب خطأ موجباً للمسؤولية، فهل يجوز الكذب على المريض أو المتنازل؟

ذهب القضاء الفرنسي إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبه العمد على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه، كأن يكون المريض مصاباً بالأورام السرطانية فيخبره أن مرضه مجرد ألم بسيط يزول بالعلاج، لا سيما وأن هذا الكذب يلعب دوراً حاسماً في رفع الحالة المعنوية للمريض وتقوية جسده وإن إعلامه بالحقيقة ستكون سلبية على وضع المريض النفسي، إلا أن الكذب إذا كان يهدف إلى تضليل المريض وحمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب بهدف مادي أو تجريبي أو لكسب الشهرة تطبيقاً لعلاج معين فإنه يعد سبباً في إقامة المسؤولية المدنية على الطبيب الذي يبالغ في وصف حالة المريض حتى يحمله على قبول تدخل جراحي لا تستدعيه حالته مما يترتب عليه بتر عضو من أعضاء جسمه[1].

وفي قضية ذهب القضاء الفرنسي إلى الحكم بمسؤولية الطبيب الذي أقنع المريض كذباً بخطورة حالته لحمله على قبول عملية جراحية لا تستدعيها حالته لكانت تدر على الطبيب ربحاً وفيراً[2]. كما يكون الطبيب مسؤولاً من الناحيتين الجنائية والمدنية عن كذبه على المريضة الحامل بوجود الخطر في استمرارية الحمل وصولاً إلى الإجهاض أو الاستفادة من أعضاء الجنين.

من هذا يتضح أن الفارق كبير بين الكذب الأبيض الذي يسهم في رفع الروح المعنوية والحالة الجسدية للمريض والكذب التضليلي (الأسود) الذي لا يخدم المريض ولا يعفي الطبيب من المسؤولية رغم رضاء المريض بالعلاج.

---

(1) الدكتور محمد حسنين منصور، المسؤولية المدنية لكل من الأطباء والجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة المرضين والممرضات، موسوعة القضاء والفقه، ج241، 1985، ص35.

(2) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص51.

المطلب السادس: العمليات الطبية في نقل الأعضاء من الواهبين من أسباب الإباحة

أسباب الإباحة من حالات انعدام المسؤولية الجنائية وتشمل هذه الأسباب ما يلي:

1. أداء الواجب (المادتان 39 و40 من قانون العقوبات).
2. استعمال الحق (المادة 41 من قانون العقوبات).
3. حق الدفاع الشرعي (المواد من 42 – 46 من قانون العقوبات).

فأسباب الإباحة، هي أن الأفعال من حيث الأصل يجرمها القانون ولكن في حالات محددة يبيح القانون ارتكابها فترفع الصفة غير المشروعة عن تلك الأفعال الإرادية فلا توجد عندئذ جريمة لزوال الركن الشرعي بحكم القانون، ولهذا نصت المادة (39) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل: ((الجريمة إذا وقع الفعل..)).

والأعمال الطبية الماسة بالصحة الجسدية كنقل العضو من الواهب أو قطع عضو من مريض أو إجراء عملية جراحية طبية لشخص وإن كان ماساً بالسلامة البدنية إلا أنه يعد من حالات (استعمال الحق) التي يبيح القانون إجراءها إذ نصت المادة (41) من قانون العقوبات العراقي على ما يلي:

((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق:

1. ...
2. عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة)).

يتضح من هذا أن صفة الاعتداء بالعمل الجراحي غير موجودة بالنسبة للطبيب والقائمين معه بالعمل الطبي فلا يسألون عن جريمة الإيذاء العمد عند مساسهم بجسد الإنسان وكيانه العام لأن العلاج الطبي غايته شفاء المريض وتحسين حالته الصحية أو ترجيح المصلحة على الخطر سواء بالنسبة للواهب أو المتلقي فالطبيب ومن معه يستعمل

حقاً قانونياً في المعالجة وفي زراعة الأعضاء البشرية أما شروط استعمال هذا الحق كسبب من أسباب الإباحة فهي:

الشرط الأول: اتباع أصول الفن الطبي في الجراحة والعلاج.

الشرط الثاني: توافر رضاء المريض أو ممثله الشرعي. ويستثنى من ذلك ما أطلق عليه المشرع تسمية (الحالات العاجلة) وهي حالة الضرورة.

ومما يدخل ضمن أسباب الإباحة وعدم قيام المسؤولية الجنائية لوجود (استعمال الحق المقرر قانوناً) أداء الواجب الطبي من الطبيب في إيقاف أجهزة الإنعاش المركزة جسم الإنسان في حدود الإباحة عند موت (جذع المخ)، أو في نقل الأعضاء وغرسها وفقاً للضوابط القانونية وبالتالي فلا تنهض المسؤولية الجنائية عن القتل أو الإيذاء العمد ولا المسؤولية المدنية على الطبيب متى توافرت الشروط سالفة الذكر وما أوجبه قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية وقانون مصارف العيون من شكلية قانونية كتابية.

ويذكر جانب من الفقه الجنائي أن الأساس الصحيح لهذه الإباحة من الناحية الشرعية هو (إذن الشرع) لأن جسد الإنسان وروحه فيهما (حق الله) الذي يقابل النظام العام في القانون الوضعي و(حق العبد) وتقابل المصلحة الخاصة ويتغلب حق الله على حق العبد وعمل الطبيب هنا توجبه الضرورة الاجتماعية، فلو تدخل دون إذن (رضاء) المريض وفي غير حالة الضرورة ومما لا تقتضيه المصلحة العامة فإن عمل الطبيب يعد تعدياً ويوجب قيام المسؤولية عليه أي مسؤوليته عن تعويض الضرر المادي والمعنوي الناتج عن الضرر الجسمي فيثبت حق المضرور في (السراية) الناتج عن العمل غير المشروع[1].

ولهذا فإن القانون الجنائي حينما يبيح بعض الأعمال ويرفع الصفة الجنائية عنها ولا

---

(1) الدكتور احمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص43 ـ 50.

نصت المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية على أن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ونصت المادة (6) من القانون المدني لسنة 1951: (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

وهذه المادة تقرر عدم مسؤولية الطبيب المدنية وانتفاء الخطأ في مجال أسباب الإباحة لا التعدي.

يقرر أنها جريمة فلا مسؤولية على الطبيب والجراح إذا روعيت الشروط المقررة قانوناً وعند عدم مراعاتها فإن المسؤولية الجنائية تنهض بقيام أركانها (الركن الشرعي والركن المادي المعنوي)[1]، مع المسؤولية المدنية، وجزاؤها التعويض.

المطلب السابع: الخطأ الطبي في نقل وغرس الأعضاء يوجب المسؤولية المدنية

تنهض مسؤولية الطبيب المدنية ـ بلا أدنى شك ـ عند ارتكابه للخطأ الطبي المتمثل في استئصال الكلية السليمة مثلاً بدلاً من الكلية العاطلة.

فالطبيب والمستشفى مسؤولان عن تعويض الأضرار المادية والأدبية التي تصيب المريض والزوج وأقاربه حتى الدرجة الثانية في حالتي الإصابة الجسدية المميتة وغير المميتة وعن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لوجود الخطأ الجسيم.

وللأسف نقول بأن صورة المسؤولية القانونية (الجنائية والمدنية) في العراق لم تأخذ أبعادها القانونية ولا تزال القضايا التي تتضمن أخطاء طبية جسمية أو يسيرة تأخذ بعداً آخر فترفع الشكوى على الطبيب المسؤول إلى سلطات الدولة أو يتم الاكتفاء باتخاذ الإجراءات الإدارية كالعقوبات الانضباطية وهي أكبر دليل على ثبوت الخطأ الطبي أو تترك المسألة للقضاء والقدر.

بينما نعتقد أن البعد القانوني ينبغي أن يغلب ليأخذ مداه الصحيح بالاعتماد على نصوص القانون المدني الخاصة بالمسؤولية المدنية والتعويض عنها وعلى نصوص قانون العقوبات العراقي والقوانين الطبية الخاصة في حالات كثيرة.

ففي قضية خلاصتها أن الطبيب يوسف أحيل في 1980/11/11 على لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة لمحافظة بغداد لإجراء محاكمته عن تهمة عدم قيامه بإجراء تدخل جراحي مستعجل لفتح القصبة الهوائية للمريض (محمد) لإنقاذ حياته

(1) الدكتور حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ط2، ج1، بغداد 1976، ص345 ـ 347.

فصرف وقتاً ضائعاً يقارب الساعتين والنصف في جدل مع الإدارة ومخابرة مديرية مستشفى النجف حيث توفي المريض في نهاية الأمر دون تقديم العلاج في الوقت المناسب فقررت اللجنة في 1981/1/25 بقرارها المرقم (9) أن المتهم كان مقصراً بواجبه لامتناعه عن إجراء العلمية الجراحية للمريض تداركاً للحالة السيئة وإنقاذاً لحالته فتقرر معاقبته بعقوبة التوبيخ استناداً الأحكام المادة 13 من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 69 لسنة 1936 المعدل[1] .

وفي رأينا أن القرار المذكور دليل قاطع ثبوت الخطأ الطبي ويتمثل بالتقصير والإهمال عن عدم المعالجة يستحق ورثة المريض ومن كان يعيلهم التعويض عن الضرر المادي والأدبي حتى الدرجة الثانية، كما أن المستشفى تكون مسؤولة عن متبوعها حسب المادة (1/219) من القانون المدني العراقي لأن الخطأ وقع أثناء الخدمة.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي حدد المتبوع بالمتبوع الحكومي وعلى أن يكون ذلك أثناء الخدمة وإعطاءه إمكانية دفع المسؤولية في الفقرة الثانية وهو اتجاه غير عادل. ولهذا ذهب المشروع المدني العراقي الجديد في المادة (410) إلى توسيع نطاق مسؤولية المتبوع إلى (أثناء الخدمة أو بسببها) إلا أنه حصر الأمر بالموظف التابع. فلم يشمل المكلف بخدمة عامة كالمقاتل في الجيش الشعبي ولا التابع في القطاع التعاوني والمختلط والخاص، وهو اتجاه لا نقره عليه.

وقد عثرنا على قرار حديث (غير منشور)[2]، صدر عن محكمة تمييز العراق صادقت فيه على قرار محكمة بداءة الموصل التي قررت الحكم على طبيب بتعويض مادي وأدبي لارتكابه خطأً طبياً في إجراء عملية جراحية لطفلة.

---

(1) القرار غير منشور.
وانظر في قضية مماثلة توفيت فيها طفلة حديثة الولادة لعدم العناية بها واكتفت لجنة الانضباط بعقوبة (الإنذار) فقط بقرار اللجنة رقم 7 في 1980/11/16، غير منشور.

(2) رقم الإضبارة، 503/ مدينة منقول/ 87، 1988، رئاسة محكمة التمييز في 30، 1987/11.

وكانت محكمة البداءة قد ركنت في إصدار حكمها على التحقيق الإداري من قبل اللجنة التحقيقية المختصة في مديرية صحة محافظة نينوى وتقرير الخبراء المختصين المكلفين من قبل المحكمة لتقرير التعويض المستحق والذي قدر بمجموع (2000) دينار عن الأضرار المادية والأدبية الجسدية للطفلة فقط وإيداعه في صندوق رعاية القاصرين لحسابها.

وهذه الحالة من القضايا القليلة التي تؤسس المحكمة حكمها على قرار لجنة انضباط أو لجنة تحقيقية في المستشفى في ثبوت الخطأ وحصول الضرر وقيام علاقة السببية، وهو اتجاه سليم.

كما أن لجنة الانضباط في حالات كثيرة تتعاطف مع مرتكب الخطأ الطبي ولا يسند إليه أية تهمة رغم تقصيره، ففي قضية تتخلص في أن شخصاً نقل إلى مستشفى محافظة الأنبار لإصابته بصعقة كهربائية وطلب من الطبيب (عبد الله) معالجته فطلب إحضار ورقة العيادة أولاً ولم يسعف فوراً وأدى إلى وفاة الشخص وقد صدر قرار لجنة انضباط موظفي الدولة في محافظة الأنبار التابعة لوزارة الصحة بالبراءة فاعترضت وزارة الصحة وطلبت الطبيب إلا أن مجلس الانضباط العام قرر في 1984/10/2 المصادقة على قرار البراءة[1].

كما ذهب مجلس الانضباط العام في قراره المرقم 1984/83/12 في 1983/10/4 إلى توجيه عقوبة التوبيخ بحق الطبيب والممرضة عن وفاة مريضة في حالة ولادة قيصرية لم يقدم لها العلاج والرعاية لأن الطبيب غادر المستشفى للنوم والراحة[2]. وتقرر في قضية أخرى توفي المريض فيها لأنه كان يعاني من جلطة قلبية ولم يسعف بالأوكسجين فاكتفي الطبيب بعقوبة الإنذار فقط[3].

(1) رقم القرار 9، 85/84 في 1984/10/2 (مجلس الانضباط العام) غير منشور.
(2) القرار غير منشور.
(3) قرار رقم 1 في 1986/12/16 غير منشور.

يظهر من ذلك أنه على الرغم من ثبوت تقصير (خطأ) الطبيب والكادر الطبي كالمرضة والمخدر ووضوح مسؤولية المستشفى حسب المادة (1/219) من القانون المدني (مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع) إلا أن المضرور يذهب حقه هدراً للاكتفاء بتوجيه الإنذار أو التوبيخ وهو أكبر دليل على وجود الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية لقيام أركانها (ضرر وخطأ وعلاقة سببية).

كما يظهر من هذه القرارات أن الأخطاء الطبية محصورة في الإجراءات الانضباطية المتخذة من مجلس الانضباط العام أو من لجنة الانضباط التابعة لوزارة الصحة وبالتالي فإن حقوق المتضررين تذهب هدراً في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية وهو اتجاه غير سليم يتنافى مع قواعد العدالة، ونعتقد أن الطريق السليم هو اللجوء إلى القضاء العراقي باعتباره هو الأسلم والأضمن لحقوق المتضررين من اللجوء إلى طريق الشكوى للجهات العليا في الدولة أو لجنة الانضباط التابعة لوزارة الصحة.

بناء عليه فإن الخطأ الطبي الحاصل في ميدان غرس الأعضاء البشرية سينحصر في العقوبة الانضباطية للطبيب ويذهب حق المريض أو حق المتنازل أو ورثتهم هدراً على نحو ما أوضحناه.

إن دعوتنا هذه لا تعني إيقاع كل المسؤولية على الطبيب لأن الخطأ قد يكون مشتركاً لاشتراك أكثر من طرف في وجوده وعند عدم تحديد نسبة كل طرف فإن المسؤولية تكون بالتساوي وبالتضامن. وقد نصت المادة (217) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(1 ـ إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب.

2ـ ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم.

فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي).

إن حاجة الطبيب والكادر الطبي والصيدلي وغيرهم إلى الثقة والحرية في العمل لا يمكن أن تلغي حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم وحقه في التعويض أو حق ورثته في جبر الضرر الذي أصابهم[1].

لذلك فقد استقر رأي الفقه المدني والقضاء في كثير من الدول على أن الطبيب يكون مسؤولاً عن كل خطأ بعد ثبوته يقيناً في حقه سواء أكان يسيراً أم جسمياً وسواء تعلق بعمله الفني أم الاعتيادي[2]، فيلزم بدفع التعويض للمتضررين.

إن مسؤولية الطبيب المدنية تنهض إذا أجرى للمريض عملية غرس عضو أو عملية جراحية خطيرة دون أن يبين لأطراف العملية الطبية (المعطي والمتلقي) المخاطر والآثار العرضية المحتملة عن العمل الطبي.

---

(1) الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص34.

(2) انظر الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 35 ـ 36.

الدكتور محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، 1979، ص10.

يقول الأستاذ مصطفى مرعي(لهذا كان الرأي الصائب أن يسأل الطبيب عن خطئه في حقه بقطع النظر عما إذا كان الخطأ عادياً أو فنياً جسمياً أو هيناً وعلى هذا الرأي جرت أحكام محكمة النقض في فرنسا يؤيدها في ذلك كثير من العلماء (بلانيول وربير واسمان) وأخذت بهذا الرأي نفسه محكمة استئناف مصر في قضية مريض أصيب بقرحة في عنقه بينما كان يعالج بأشعة (اكس) لدى أحد الأطباء، وبأن للمحكمة في هذه القضية على ضوء ما قدم لها من تقارير طبية، أن الطبيب المذكور قد تجاوز مع مريضه عدد جلسات العلاج بالأشعة التي كان يجب عليه أن يقف عنها، تجاوزاً هو الذي سبب القرحة لدى المريض. فاعتبرت المحكمة هذا التجاوز من جانب الطبيب خطأ فنياً يوجب المساءلة المدنية وقضت عليه بالتعويض).

مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، ص64.

وانظر رأي الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول (الأحكام العامة)، 1971، ص362.

GERARD MEMETEAU ،LE DROIT MEDICAL ،op. cit. p. 431.

وانظر قرار محكمة النقض الفرنسية في 21 ـ 6 ـ 1862 الذي جاء فيه (..وانه توجد قواعد عامة يمليها حسن التصبر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها في كل مهنة، وأن الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس).

د. سليمان مرقس، الوافي شرح القانون المدني، ج2، الفعل الضار، ط5، 1988، ص386.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه إذا ما تعين الخطأ، فإن ما قدر منه يكفي لتوافر المسؤولية، وليس بلازم لوجوب المسؤولية أم يكون الخطأ جسمياً أو الجهل فاضحاً أو ما إلى ذلك مما كان يشترط في هذا الصدد وقد اتجه القضاء الفرنسي منذ فترة إلى تأكيد مبدأ مهم في قراراته هو: أن أي قدر من الخطأ لو كان يسيراً من جانب الطبيب فيما يلزم به من عناية وتبصر إنما يوجب مسؤوليته.

حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، 1979، ص99.

إلا أن الاتفاق بين أطراف العلاقة (الواهب والموهوب له) في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية يمنع قيام المسؤولية المدنية للطبيب الذي راعى أصول الفن الطبي والعلاج بشرط أن يجهل أن مصدر العضو المتنازل عنه لغرسه في جسم المتلقي مصدره (عقد البيع).

والخلاصة فإن خطأ الطبيب في نطاق العمل الجراحي أم في مجال نقل وغرس الأعضاء أم في نقل الدم من الواهب سواء أكان عادياً أم فنياً لا يتميز بشيء عن خطأ غير الطبيب لأن المسؤولية بوجه عام لا تتحقق - فيما عدا أحوال المسؤولية المقررة ابتداء بنص القانون - إلا على أساس (الخطأ الثابت) ولا يعتبر الخطأ ثابتاً إلا إذا كان ثبوته على وجه التحقيق[1]. ويلاحظ أن الخطأ في التشخيص والخطأ في اختيار العلاج لا يترتب عليهما مسؤولية الطبيب إلا إذا ثبت أنه أظهر جهلاً تاماً بمبادئ العلم وممارسة المهنة عملياً[2]. لهذا ففي غرس الأعضاء يجب أن يكون الطبيب اختصاصياً في الكلية أو العيون أو العضو المراد غرسه.

فلا يقبل من الممارس العام أو الطبيب العام القيام بعملية نقل وغرس العضو البشري إذا لم يكن متخصصاً وإلا عد مسؤولاً من الناحيتين الجنائية والمدنية.

ومن جهة أخرى لو قام الطبيب الاختصاصي في العيون (س) بالاتفاق مع طبيب آخر أقل خبرة منه بمزاولة العمل الطبي في عيادة الأول أثناء غيابه واتفق الطبيب الثاني مع مريض ومتنازل (واهب) على غرس القرنية وارتكب خطأ طبياً فإن المسؤولية تكون (تضامنية) بين الطبيبين إلى جانب مسؤولية المستشفى إن كان تابعاً لها فلا يعفى الطبيب الأول الذي انعقد العقد في عيادته. ونعتقد أن صفة المستشفى كونها أهلية (خاصة) لا يعفيها من المسؤولية.

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانوني المدني، المرجع السابق، ص392. تنهض المسؤولية التقصيرية للطبيب إذا قام بالعلاج دون طلب من المريض أو أحد ممن له شأن في ذلك.
حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، 1979، ص95.

(2) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص96، هامش 3.

ولا يراد بالخطأ الطبي ما يوجد من نظريات عملية مختلف عليها علمياً فأتبع الطبيب إحدى هذه النظريات إذ لا لوم عليه فقد ذهبت محكمة استئناف مصر أن باب الاجتهاد أمام الطب يجب أن يبقى مفتوحاً للخدمات الطبية الإنسانية عدا الأعمال التي تدل على الرعونة وعدم المسؤولية[1].

(1) د. سليمان مرقس، الوافي، ص395.

الفصل الثالث

الوصية بالأعضاء البشرية

الوصية من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة، حيث تتجه الإرادة (إرادة الموصي) إلى إنشاء باعتباره تصرفاً أحادياً. وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الوصية بتعريفات متعددة؛ فعرفها **الأحناف** أنها (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)، وذهب **الشافعية** إلى القول بتخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، وقال **المالكية**: (الوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به). وحددها **الحنابلة** بقولهم: (الوصية بالمال هي التبرع بعد الموت) وقال آخرون (تمليك عين أو منفعة بعد الموت)[1].

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن ركن الوصية الإيجاب من الموصي والقبول بعد وفاة الموصي من الموصى له أو من يقوم مقامه وهو وارثه، وذهب (زفر بن الهذيل) إلى أن ركنها الإيجاب فقط بينما يرى كثير من الحنيفة إلى أنها تتم بالإيجاب من الموصي واليأس من رد الموصى له وأن التزام الموصي قبل وفاته غير لازم إذ إن له أن يرجع عن وصيته أو الإصرار عليها باتفاق الفقهاء.[2]

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني، ج7 ط1، 1910 ص 330 كتاب الوصايا محمد تقية، الإرادة المنفردة للالتزام، الجزائر، 1984، ص 96 ـ 100.
الدكتور أحمد الخطيب، الوقف والوصايا، ط1، بغداد، 1986، ص202 ـ 203.
الدكتور أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، ج2، بغداد، 1974، ص 75 وما بعدها.
نصت المادة (64) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل ما يلي : (الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض).
وأوجبت المادة (65) ضرورة الدليل الكتابي لاعتبار الوصية مقبولة.

(2) بدائع الصنائع للكاساني، ج7، ط1، 1910، المرجع السابق، ص331 ـ 332. الشيخ علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، السنة 11، 1941، ص56 ـ 57.
ويلاحظ أن الوصية فضلاً عن كونها عملاً تبرعياً بالإرادة المنفردة من الموصي وهي من أسباب كسب الملكية إلا أن أعضاء من الفقهاء المسلمين اعتبرها (عقداً غير لازم) في حياة الموصي ولا تصبح عقداً لازماً الا بعد الوفاة وأنها تكون في ثلث الأموال وما جاوز موقوف على الإجازة ويمكن أن ترد الوصية على الأعيان والمنافع.

=

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هل إن جثة الإنسان أو أجزاءها تدخل ضمن تركة الموصي بالوفاة؟ وهل تصح أن تكون موصى بها؟ وما هي لحظة الوفاة؟ أي ما هي لحظة ميلاد الجثة؟ وما حكم أجهزة الإنعاش المركزة والمتطورة التي تفعل فعلها في استمرارية حياة الإنسان؟

للإجابة عن هذه الأسئلة وبيان حكم الوصية بالأجزاء والأعضاء البشرية يلزم منا تقسيم خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: فكرة الوصية وفكرة الوقف.

المبحث الثاني: تحديد لحظة الموت (ميلاد الجثة).

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية.

=

وينتقد بعض الفقهاء في العراق تعريف المشرع العراقي لتعريف الوصية الواردة في المادة (64) لأنها أوسع مما ذكره في المادة المذكورة فتشمل الوصية كذلك الإبراء من الدين وابراء الكفيل مما تكفل به وغيرها.
د. مصطفى الزلمي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الميراث والوصية، 1988، ص5.

المبحث الأول

فكرة الوصية وفكرة الوقف

نص قانون الأحوال الشخصية في العراق رقم 188 لسنة 1959 المعدل على تعريف الوصية في المادة (64) بأنها: (الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض). كما بين المشرع العراقي في المادة (1109) من القانون المدني على أن كل تصرف قانوني ناقل للملكية يصدر من الشخص في مرض الموت يكون مقصوداً به المحاباة أو التبرع وكذلك الإبراء أو الكفالة، تأخذ حكم الوصية وتضاف لما بعد الموت وتنفذ في حدود الثلث.

أما الوقف فهو لغة: الحبس أو المنع، ويراد به اصطلاحاً: (حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر).

ويعرف الفقهاء فكرة الوقف على النحو الآتي:

(حبس العين على ملك الواقف حبساً غير لازم والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية)[1].

وإذا كان للوقف شروط في الواقف والموقوف وجهة الوقف والصيغة[2].

فإن هذه الشروط لا تنطبق على الأجزاء والأعضاء البشرية والجسد بعد انتهاء الحياة وتصح مع التجيز إن كان ذلك لا يؤدي إلى الهلاك وقيام شروط صحة التصرف، إذ لا يصح وقف الجسد حال حياة الإنسان لإجراء التجربة الطبية لتعارض

---

(1) انظر تفصيل ذلك: د. أحمد الكبيسي، المرجع السابق، ص320.

(2) الدكتور الخطيب، المرجع السابق، ص66 وما بعدها.

الدكتور الكبيسي، المرجع السابق، ص 327 وما بعدها.

ذلك مع قواعد النظام العام. كما لا يصح تصرف الشخص في وقفه لعضو منفرد من أعضائه حال حياته لأن ذلك يؤدي إلى الهلاك الحال.

إلا أن الوقف قد يأخذ حكم الوصية، فللواقف بإرادته المنفردة أن يقف عضواً من أعضائه لأغراض الخير والثواب حين يصح تصرفه منجزاً وهو التزام بسيط لا يقترن بوصف كالأجل، وحين يقع الوقف من الواقف حالاً إذ لا يصح الوقف إن كان مضافاً إلى ما بعد الموت ولهذا لا يصح تصرف الشخص في القول بأن جسدي موقوف بعد موتي لأن هذا التصرف يكون وصية، كما أن من شروط الوقف التأبيد فلا يصح الوقف مؤجلاً لفترة زمنية.

إن الوقف بالجسد أو بجزء منه أو بالعضو البشري الذي يقع حال الحياة ويضاف إلى ما بعد الموت يأخذ حكم الوصية كمن يقف جسده إلى جهة طبية بشرط وجود التبرع عند الواقف.

ونعتقد أن بإمكان الموصي الوصية بكل الجسد أو بعضو من أعضائه بعد موته وله أن يوقف جثته لأغراض علمية أو تعليمية وعندها يأخذ الوقف حكم الوصية على نحو ما بينا. ولا شك أن تشريح جسد الإنسان جائز شرعاً وقانوناً بعد وفاته وهو ليس تمثيلاً بالجثة لأن التشريح علم قائم بذاته تظهر أهميته في معرفة أسباب العلل وطريقة عمل الجسد ووظائف الأعضاء وصولاً إلى سبب الوفاة ونوع الإصابة في القضايا الجنائية وهو لا غنى عنه لدارس الطب وتشريح الجثة أمر مستقر فقهاً وقانوناً لما فيه من المصلحة فإن انتفت المصلحة لا يجوز التشريح.

إن الوصية بالجثة للأغراض العلمية أو الطبية أو بالأعضاء البشرية من المصادر المهمة التي ترفد العمليات الطبية في نقل وزرع الأعضاء البشرية وقد اتجه الفقه الشرعي والمدني إلى أن مصلحة الحي أرجح من مصلحة الميت ويجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شحص محتاج إلى كلية مثلاً، وإن الكثير من الأقطار

الإسلامية والعربية تباشر هذه العمليات الطبية عند وجود الوصية وعند عدم وجودها حين تحصل موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية والزوج.

ولا شك أن القاعدة الأخلاقية التي يرتكز عليها التزام الموصي بإرادته المنفردة تتمثل في التضحية ونكران الذات والشعور بالمسؤولية حيال الآخرين ومن أجل سعادة المجتمع ولذلك فإن هذا التصرف القانوني يعد صحيحاً لأنه يحقق رغبة الموصي في الأمن والسلام الدخلي ويحقق أيضاً أمن المجتمع لأن فيه السلام الخارجي.

إن إرادة الموصي ليس بالضرورة أن تحترم وتنفذ في كل تصرفاته ما لم ترتكز على قاعدة أخلاقية (الأخلاق الفردية والأخلاق الاجتماعية) والاعتبارات الدينية، إذ لا يجوز للشخص أن يوصي مثلاً بحرق جثته وذر رمادها على سفوح الوديان والجبال أو إطعامها للأسماك.

ومثل هذه الإرادة يجب عدم الاعتداد بما اتجهت إليه لأنها تتناقض مع الشرع والعقل والقانون، ولهذا فإن الباعث الدافع لهذا التصرف يختلف تماماً عن الغايات الإنسانية النبيلة في شخص الموصي الذي يوصي بجثته أو أعضائه لأغراض الأعمال الطبية في نقل الأعضاء والغرس.

المبحث الثاني

تحديد لحظة الموت (ميلاد الجثة)

تنتهي الشخصية الطبيعية بالموت الحقيقي (الوفاة) أو بالموت الحكمي (التقديري) والذي يصطلح عليه في الفقه المالكي بـ (التمويت) كما في حالة المفقود عند التاريخ في معرفة مصيره بين الحياة والموت لفقدان الشخص مدة معينة وغيابه وانقطاع أخباره بحيث تجهل حياته ومماته، فالتفسير القانوني للموت قد يأخذ معنى الوفاة الطبيعية أو حالة المفقود المحكوم بموته[1].

العضو الموصى به أو الحصول على الأعضاء من جسد الميت بعد موافقة الزوج ـ في رأينا ـ والأقارب حتى الدرجة الثانية عند عدم وجود الوصية أو دون موافقة أحد في حالات معينة كالمحكوم بالإعدام لأنه مهدور الدم شرعاً أو مجهول الهوية.

إن تحديد لحظة الموت (لحظة ميلاد الجثة) مسألة مهمة جداً، إذ ثار الاختلاف الفقهي والطبي والشرعي بشأن تحديد لحظة الموت. ويمكن حصر ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: (المعيار القديم) توقف القلب والدورة الدموية.

المطلب الثاني: (المعيار الحديث) موت الدماغ (موت جذع الدماغ).

المطلب الثالث: (المعيار الشرعي) توقف القلب وموت جذع الدماغ.

---

(1) نص القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 في المادة (34) على بداية ونهاية شخصية الإنسان وكذلك المادة (38) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد وفي المادة (26) من القانون المدني الجزائري لعام 1975 وفي المواد من (109، 115) من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 ونظم حالة المفقود قانون رعاية القاصرين لسنة 1980.

ويلاحظ أن هناك بعضاً من الشرائع الغربية تعرف ما يسمى بـ(الموت المدني) الذي يأخذ حكم الموت الحقيقي من الناحية القانونية وبموجبه يحكم على الإنسان الحي بالموت المدني ويحرم من الشخصية القانونية وتوزع تركته ويحرم عليه اجراء التصرفات القانونية إلا أن هذا النوع ألغي في القوانين الحديثة.

انظر: الدكتور شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر.

الدكتور رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، بيروت، 1983، ص 84 وما بعدها.

الدكتور منذر الفضل، أحكام المفقود في الحرب، مجلة الحقوقي، السنة 18، 1987، ص167.

المطلب الأول: المعيار القديم (توقف القلب والدورة الدموية)[1]

الموت الطبيعي من الناحية الفقهية والشرعية يعني نقيض الحياة، فهي مفارقة الروح للبدن، وهي زوال الحياة. ولم يقبل جانب من الفقه الشرعي الدخول في دراسة حقيقة الموت وسببه لأنه يتعلق بالروح والروح من الخالق، ولذلك فإن دراسة الموت يعني التدخل في شؤون الخالق.

ووفقاً لهذه النظرية فإن لحظة الموت الطبيعي للإنسان تكون في لحظة موت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي، فلا يكفي موت الدماغ للقول بوقوع الموت خاصة بعد توافر أجهزة الإنعاش المتطورة القادرة على استمرارية حياة الإنسان العضوية لفترة محدودة (الحياة الخلوية).

لهذا فإن هناك من يذهب قائلاً إن الموت وفقاً لمعيار الطب الحديث يقع حين تتوقف حياة الإنسان بتوقف الأجهزة الآتية:

1. توقف الجهاز التنفسي.
2. توقف الدورة الدموية.
3. توقف الجهاز العصبي[2].

---

(1) انظر المراجع الآتية حول معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية:
عبدالقادر بن محمد، نهاية الحياة، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986، ص156.
الدكتور مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، (غير منشور)، ص1.
الدكتور أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، (غير منشور)، ص31 وما بعدها.
الدكتور حسان حتحوت، متى تنتهي الحياة؟، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، غير منشور، ص46.
الدكتور محمد سليمان الاشقر، نهاية الحياة، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، غير منشور، ص100.
الشيخ بدار المتولي عبدالباسط، نهاية الإنسانية في نظر الاسلام، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، (غير منشور)، ص116 وما بعدها.
الدكتور توفيق الواعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، (غير منشور)، ص132 وما بعدها.

(2) الدكتور عبدالله محمد عبدالله، نهاية الحياة الإنسانية، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986، ص67.

فإذا بقيت الحياة النباتية (العضوية) موجودة رغم موت جذع المخ لأن عمل القلب ما يزال موجوداً بفعل أجهزة الإنعاش الطبية المتطورة فلا يكون الإنسان ميتاً وهو ما ذهب إليه الأستاذ سافاتيه (SAVATIER).[1]

لقد كان التعريف القديم للموت هو توقف القلب والدورة الدموية وجهاز التنفس ولا يزال سارياً بالنسبة لمئات الملايين من الوفيات التي تحدث سنوياً، ومع هذا فإنه بنتيجة التقدم في المجال الطبي واستخدام الأجهزة المتطورة فإن هذا التعريف لم يعد كافياً، رغم أن توقف القلب يعني قطع التغذية عن الدماغ فإذا حصل هذا الانقطاع لمدة دقيقتين ولم يصل الأوكسجين للمخ فإن الموت يتحقق ويصير النسيج الشبكي سائلاً[2].

ولهذا السبب فإن الشخص المحكوم بالإعدام بعد قطع النخاع الشوكي بكسر الفقرات العنقية يتم فحص القلب والنبض بعد عملية الإعدام[3]. وللتأكد من توقف الجهاز التنفسي يقوم رجل الدين في الكنيسة بتمرير شمعة موقدة قريبة من الوجه للتثبيت من ذلك.

إلا أن معيار موت القلب وتوقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي وحده ليس كافياً لوقوع الموت وبداية نهاية الحياة (لحظة ميلاد الجثة) فالوقائع تشير إلى مئات الحالات تحصل لبشر حيث يتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ثم تعود لهم الحياة ثانية. فقد نشرت صحيفة الجمهورية خبراً يوم 1989/1/5 تحت عنوان (تعود إلى الحياة بعد موتها) مفاده أن عجوزاً تدعى (كالينبن بالابال) توفيت يوم 1988/12/31 فنقلت إلى المكان المخصص لإحراق جثث الموتى في الهند في قرية (مالانكا) بولاية (جوجارات) إلا أنها نهضت وعادت إليها الحياة مجدداً.

---

(1) انظر تفصيل ذلك: الدكتور حسام الاهواني، المرجع السابق، ص174.
(2) الدكتور محمد علي البار، المرجع السابق، ص7.
(3) يقول ابن حزم الظاهري في المحلى (من ذهبت الروح من نصف جسده يعد حياً)، ج10، القاهرة، 1349هـ، ص518.

وفي واقعة أخرى نشرتها صحيفة في أواخر ديسمبر 1988 تحت عنوان (عاد من الموت ثلاث مرات) ونشرت صورة الشخص المذكور الذي أعلن عن وفاته لأكثر من مرة وفي كل مرة يتم فحص دماغه وجهازه التنفسي ويظهر أنهما قد توقفا ثم تعود له الحياة الأمر الذي ولد الحيرة لدى الأطباء في سر الحياة.[1]

بل إن هناك حالات كثيرة يتقرر فيها أن شخصاً ما قد توقف قلبه وجهازه التنفسي وتتخذ مراسيم الدفن وفي اللحظات الأخيرة تعود له الحياة، بل قد يوضع في (تجويف المقبرة) وفي اليوم التالي تعود له الحياة. وهذه الحالات وإن كانت نادرة لكنها تشير بصورة أكيدة إلى أن معيار موت القلب وتوقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية لم يعد معياراً قاطعاً أكيداً على ميلاد الجثة أو نهاية الحياة الإنسانية ولذلك أوجد علماء الطب معياراً آخر منذ عام 1959 هو (معيار موت الدماغ أو موت جذع الدماغ Brain-Stem Death)، فما هو المعيار المناسب للأعمال الطبية في نقل وغرس الأعضاء البشرية؟

المطلب الثاني: المعيار الحديث (موت الدماغ: موت جذع الدماغ)[2] Brain - Steam Death

لم يسلم المعيار الأول من انتقاد الفقه والأطباء للأسباب والوقائع التي ذكرناها ونضيف أن معيار توقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ليس هو المعيار الدقيق

---

(1) ذكر لي أحد الأصدقاء أنه تعرض لحادث سيارة عام 1971 وتم نقله إلى معهد الطب العدلي لتشريحه وبيان أسباب الوفاة فرفض أشقاؤه السماح بتشريحه وقام أخوه الطبيب في إحدى المستشفيات بفحصه وقرر نقله إلى مستشفى متخصص في بغداد لإدخاله في الإنعاش المركز وبعد غيبوبة استمرت (3 أشهر) عادت إليه الحياة والغيث في حينها مراسيم الدفن وما يزال الشخص المذكور حياً يرزق ويعمل أستاذاً في جامعة بغداد.

(2) حول هذا المعيار تفصيلاً راجع:
الدكتور محمد علي البار، أجهزة الانعاش، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، ص6.
الدكتور بكر أبو زيد، جهاز الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الأطباء والفقهاء، منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986، ص4.
الدكتور حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 169.
الدكتور رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 516.
الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 159.
الدكتزر مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، مجمع الفقه الإسلامي، 1986، (غير منشور)، ص1.

الذي يصلح في تحديد لحظة الموت لتنفيذ الوصية في نقل العضو البشري من المتوفى. ففي قضية حصلت في برمنجهام في إنجلترا أن أحد الأطباء قام بنزع كليتي أحد الأشخاص الذين ماتوا في حادث سيارة حسب المعيار الأول وكان قد أوصى بكليتيه، وحصلت المفاجئة حين تبين أنه ما يزال حياً ولم يمت إلا بعد مضي 15 ساعة على الشروع في استئصال كليتيه، فأثار الموضوع حالة عدم ارتياح بين الناس.[1]

لذلك فإن الموت وفقاً لهذا المعيار ومن الناحية الطبية يقع حين يموت الدماغ أو بعبارة أخرى حين يموت جذع الدماغ وعندها تنتهي حياة الإنسان ويصبح جثة يمكن تنفيذ وصيته بنقل العضو منها أو التصرف بالجثة كلها. ودماغ الإنسان يتكون من المكونات التالية:

1. المخ وهو على نصفين وهو مركز التفكير والذاكرة والإحساس.
2. المخيخ وهو يقع أسفل المخ ومن الجهة الخلفية للدماغ ويتولى حفظ توازن جسم الإنسان.
3. جذع المخ وهو نسيج شبكي يتولى التحكم بالمراكز العصبية والقلب والجهاز التنفسي.

وأول من نبه إلى معيار موت الدماغ هم الفرنسيون عام 1959 حين أجريت دراسات طبية تحت عنوان (مرحلة ما بعد الإغماء)، ثم أعقبها المدرسة الأمريكية التي أقرت موت الدماغ بأكمله عام 1968، ثم ذهبت الكلية الملكية البريطانية عام 1976 إلى الأخذ بمعيار (موت جذع الدماغ) على أساس أن موت المخ والمخيخ قد تبقي حياة الإنسان طالما أن جذع المخ لم يمت وبالتالي تكون للإنسان حياة (نباتية) أو الحياة (العضوية).

(1) انظر تفاصيل القضية والتعليق عليها في: الدكتور حسام الأهواني، المرجع السابق، ص34.

وفي عام 1981 أصدر الرئيس الأمريكي رونالد ريغان أمراً بتشكيل لجنة من كبار الأطباء ورجال القانون ورجال الدين لدراسة موضوع موت الدماغ، فأصدرت اللجنة قراراها في حزيران من العام المذكور ووافقت 25 ولاية أمريكية على هذا المعيار ثم ارتفع العدد إلى 33 ولاية عام 1982 بينما لم تأخذ الولايات الأمريكية المتبقية إلا بمعيار موت القلب.[1] وهذا يعني أن الشخص يعد حياً طبقاً لقوانين بعض الولايات وميتاً حسب قوانين ولايات أخرى.

والإنسان لا يموت في لحظة واحدة وإنما يموت حتماً خلال فترة زمنية ويتحدد الموت الطبيعي للإنسان بتوقف خلايا الدماغ لأن مركز الحياة في الدماغ لا القلب ومن علامات موت الدماغ وميلاد الجثة هي:

1. الإغماء وعدم الحركة.
2. انعدام الوعي.
3. انعدام رسام المخ الكهربائي.
4. انعدام الانعكاسات.

غير أن هذه العلامات تعرضت إلى الانتقاد من رجال الطب فالإغماء قد يحصل نتيجة تعاطي بعض الأدوية الطبية مثل المنومات وبالتالي فلا يعتبر أساسياً وإنما هو شرط مكمل.[2] كما أن جانباً من الفقه الفرنسي اعترض على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر في 1968/4/25 ورفض الركون لمعيار انعدام رسام المخ الكهربائي كمعيار للموت.[3]

(1) الدكتور محمد علي البار، المرجع السابق، ص 6.
(2) د. محمد أيمن صافي، المرجع السابق، ص 13.
(3) الدكتور عادل إبراهيم، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (بالفرنسية)، المرجع السابق، الفصل الخاص بزراعة الأعضاء.

إن أنصار معيار موت الدماغ يذهبون إلى أنه باجتماع هذه العلاقات المشار إليها يكون الشخص قد فارق الحياة وانفصلت الروح عن البدن وعندها يتحول (جذع المخ) بعد فترة إلى مادة سائلة في الدماغ ويعتقدون إلى أنه يستحيل إعادة الحياة لشخص اجتمعت هذه العلامات فيه حتى وإن ظلت خلايا القلب حية بفعل أجهزة الإنعاش الطبية المتطورة، كما أنه من الناحية الطبية لا يصلح القلب الذي ماتت خلاياه للنقل والزرع في جسد إنسان آخر ولا يمكن من الجانب القانوني الإجهاز على إنسان وهو في سكرات الموت لاستئصال أحد أعضائه أو قلبه أو كبده لأن هذا يشكل جريمة قتل عمدية.

أما المشرع العراقي فقد أخذ لأول مرة عام 1986 في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية بمعيار موت الدماغ (الفقرة ب من المادة الثانية) كما أخذت أستراليا منذ عام 1968 بهذا المعيار.

وتأسيساً على معيار موت الدماغ أو جذع الدماغ - على رأي الأطباء في بريطانيا - فإن الحصول على الأعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ وعدم القابلية على الحياة لموت (جذع المخ) إذ إن الأخير هو المسؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن والقلب والجهاز التنفسي وإيصال الأوكسجين للخلايا في الدماغ.[1]

المطلب الثالث: المعيار الشرعي (توقف القلب وموت جذع المخ)

لما كان تحديد لحظة الموت وميلاد الجثة في كل من المعيارين السابقين لم يلق قبولاً تاماً وأن هناك معارضة على كل منهما، فقد نشطت الدول الإسلامية في بحث هذا الموضوع وصدر قرار رقم 99 في 1402/11/6 هـ عن هيئة كبار العلماء في الرياض

---

(1) انظر حول واقعة ذبح دجاجة فصل رأسها ومع هذا ظلت تمشي وتتنفس لمدة أسبوع رغم فصل رأسها لأن موضع الذبح كان عالياً بحيث ظل جزء من النخاع المستطيل (من جذع المخ) حياً وهو يتحكم في الجهاز التنفسي وكانت تغذيتها تتم عن طريق البلعوم. ABC of Brain stem، death (Crisopher Pallis) - London 1981.
مشار إليه في بحث الدكتور محمد علي البار، مجمع الفقه الإسلامي، فتوى أجهزة الإنعاش، 1986، ص2.
ولاشك أن هذه الواقعة تؤكد صعوبة تحديد لحظة الموت للكائن الحي.

أجيز بموجبه نقل عضو من جسم الميت إلى جسم الإنسان الحي. وفي عام 1985 انعقدت في الكويت ندوة عن (بداية الحياة ونهايتها) بإشراف منظمة المؤتمر الإسلامي للعلوم الطبية وتطرقت لموت الدماغ، ثم انعقدت عام 1985 أيضاً الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع.

وتنفيذاً لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة عقد مؤتمر خاص في الأردن للفترة من 22 ـ 24 أكتوبر عام 1985 عن موت الدماغ، وفي عام 1986 عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ونوقش فيها الموضوع إلا أنه تأجل البت إلى عام 1986 شهر صفر 1407 هـ حين انعقد في عمان مجلس مجمع الفقه الإسلامي وأصدر قراراته التالية:

(يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1. اذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
2. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة).

كما جاء في قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة للفترة من 18 ـ 23 جمادى الآخرة 1408 هـ / 6 ـ 11 شباط 1988 قرار رقم (1) و88/8/4 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً كما جاء بشأن معيار الموت ما يلي:

(ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة).

والخلاصة، فإن بعض الدول أخذت ـ وما يزال البعض منها ـ بمعيار توقف القلب والجهاز التنفسي وتذهب دولاً أخرى إلى الأخذ بمعيار موت الدماغ أو (موت جذع المخ) ومنها العراق الذي تبنى لأول مرة معيار موت الدماغ عام 1986 بقانون زرع الأعضاء بينما لم ينص في قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 على معيار معين لتحديد لحظة الموت، وهناك من يرى بمعيار مشترك وهو المعيار الشرعي.

وتذهب بعض الدول إلى عدم الاعتراف بمعيار موت الدماغ بينما لم تدرس دول أخرى بعد هذا المعيار مثل روسيا والصين ومعظم الدول الإسلامية.

ومع ذلك فإن الاختلاف الفقهي والشرعي والطبي ما يزال قائماً بشأن استخدام أجهزة الإنعاش المركزة التي أوجدت ما يسمى الآن بـ (الميت الحي أو الموت المقنع LA MORT MASQUE).

لقد ذكر الأستاذ سافاتيه SAVATIER في هذا الخصوص أن الأمر يتعلق بحماية المريض الخاضع للتقنيات الجديدة أي للإحياء الصناعي وما ينجم عن ذلك من تسرع بعض الأطباء إلى الإعلان عن الوفاة لاستعمال الجثة أو نقل الأعضاء منها.[1] وما يزال السؤال محيراً في أن استخدام أجهزة الإنعاش هل هي لإحياء الموتى أو لاستمرار الحياة؟

(1) انظر تفصيل الآراء حول أجهزة الإنعاش وتباين الآراء:
الدكتور أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء، المرجع السابق، ص 107 ـ 108.
الدكتور أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة العدالة، دولة الإمارات، 1983، ص 51 وما بعدها.

ومن جهة أخرى فإن القلب والتنفس قد يتوقف لمدة دقيقتين أو أكثر إلا أن الدماغ يظل بأجزائه سالماً فلا يمكن عندها الحكم على شخص بموته.[1]

(1) انظر القضية رقم 473/د/1983 ـ 1984 في 1984/12/31، قرار المحكمة الإدارية في الكرخ، بغداد ـ غير منشور.

وخلاصة القضية أن طبيباً أندونيسياً قام بفحص طفل وأصدر له شهادة وفاة لثبوت وفاته. ولم تقبل جدته دفنه وعند إعادته للدار ظهرت عليه علامات الحياة وبعد ساعات فارق الحياة وأصدر له شهادة وفاة ثانية ولم يسعف في المرة الأولى بأجهزة الإنعاش ولم تشخص لحظة الموت بصورة حقيقية لأن الطبيب اعتمد على جهازه التنفسي لتحديد الموت.

المبحث الثالث

موقف التشريعات الوضعية من الوصية بالأعضاء البشرية

لا يوجد أدنى شك على صحة الوصية بإرادة الموصي حال حياته في الوصية بعضو من أعضائه أو جثته بعد وفاته وفقاً للشروط التي مرت بنا. فهذا التصرف القانوني لا يشكل خرقاً لمبدأ حرمة جسد الإنسان طالما أن غايات الإنسان من وصيته تنسجم مع القيم الاجتماعية ولا تتعارض مع النظام العام والآداب الحسنة. ففي فرنسا أجاز المشرع منذ عام 1949 الوصية بالعيون إلى مؤسسة عامة أو جهة خيرية لغرض نقل العين وغرسها في جسد إنسان محتاج (LE RECEVOUIR).

وإذا كانت الهبة من الشخص الحي لبعض الأعضاء جائزة إذا توافرت شروطها كما تقدم في الفصل الثاني، وهي من التصرفات التبرعية، فإن الوصية تدخل في عموم التصرفات القانونية التبرعية كذلك ولكنها تنشأ بالإرادة المنفردة وتضيف أثر الالتزام لما بعد الموت.

كما أجاز المشرع المصري صراحة الوصية بالعين بموجب القانون رقم 103 لسنة 1962 (المادة الثانية) وهي تعد الوسيلة الوحيدة في القانون المصري للتبرع المضاف إلى ما بعد الموت.[1] إلا أن الإيصاء لا يكون لشخص معين بالذات وإنما أوجبه المشرع المصري بقرار وزير الصحة رقم 654 في 1963 إلى بنك العيون لاستخدام العين للأغراض الطبية.[2]

وفي الكويت، فإن الوصية من المصادر المهمة للحصول على الكلية لغرض نقلها من الجثة وزرعها في جسد المتلقي طبقاً للمادة (2) من القانون رقم 7 لسنة 1983 المنظم

(1) الدكتور حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 66.
الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص38 ـ 39.
(2) الدكتور حسام الأهواني، المرجع السابق، ص69.

لعمليات زراعة الكلى للمرضى بشرط حصول الإقرار الكتابي (الشكلية القانونية الكتابية) من الموصي بهذه الوصية، إلا أن القانون لم يبين ما إذا كانت الوصية بالجثة كلها جائزة أم لا ؟ كما لم يحدد الجهة التي تتولى الحصول على الكلية لزرعها.

وطبقاً للقوانين العراقية، لم نعثر على نص صريح يجيز الوصية من الشخص بجثته كلها للأغراض العلمية أو الطبية. ولدى الرجوع إلى القانون رقم 113 لسنة 1970 (قانون مصارف العيون) وجدنا أن الوصية بالعين لـ (مصرف العيون) جائزة حسب المادة الثانية (الفقرة 1)، إلا أنها اشترطت لصحة التصرف القانوني الواقع بالإرادة المنفردة لما بعد الموت ما يأتي:

أولاً: وجوب كتابة الوصية صراحة فالإقرار التحريري يكشف عن الرضى الحر والمتبصر بحقيقة اتجاه الإرادة لإحداث هذا الأثر القانوني ودليل كتابي على القبول بهذا التصرف.

ثانياً: كمال الأهلية، لأن الأهلية الكاملة دليل على قوة الإدراك للموصي ولهذا يلزم أن يكون بالغاً سن الرشد (18 سنة) وكاملاً في قواه العقلية وغير محجور عليه. وأن رضاه خال من العيوب وأهليته سالمة من العوارض.

ثالثاً: أن تكون الوصية بالعين لمصرف العيون المحددة قانوناً وهما المستشفى الجمهوري ومستشفى الرمد في بغداد أو أي مستشفى آخر متخصص يتحدد بقرار من وزير الصحة (المادة الأولى) وعليه فلا تجوز الوصية لغير المستشفيات قانوناً.

ويلاحظ أن القانون لم يبين طريقة صرف العيون للمستفيدين هل هو حسب الأسبقية أو وفقاً لمعيار آخر يتعلق بالمرتبة العلمية والاجتماعية؟ كما سبق أن بيّنا ملاحظاتنا عن موقف المشرع بالنسبة لناقص الأهلية الذي يوهب العين حال حياته وعالجنا حكم هبة ضعيف الإدراك بعينه لمصرف العيون ونعتقد هنا بصحة الوصية من القاصر المتزوج إذا مات مصراً عليها.

ولقد أورد قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 في مادته الثانية (الفقرة1) جواز التصرف القانوني الذي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي بأعضائه بعد موت الدماغ إذا كانت الوصية مكتوبة. ولم يبين حكم الوصية من ضعيف الإدراك ولا حكم الوصية من القاصر المتزوج، سواء بالنسبة للجثة أم الأعضاء.

وعند عدم وجود الوصية من الموصي فقد أجاز المشرع ضرورة استحصال موافقة الأقارب على النحو الآتي:

((المصاب بموت الدماغ وحسب الأدلة العلمية الحديثة المعمول بها التي تصدر بتعليمات في حالة موافقة أحد أقاربه الكامل الأهلية من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية وموافقة لجنة مشكلة من ثلاثة أطباء اختصاصيين..)).

إلا أننا نعتقد أن المشرع لم يكن موفقاً في الصياغة القانونية لكنه أغفل حصول الموافقة من الزوج ولم يعالج حالة اختلاف الأقارب في إصدار الموافقة على النقل أو التصرف في الجثة ثم كيف يمكن مفاتحة الأقارب في إصدار الموافقة على النقل أو التصرف في الجثة ثم كيف يمكن مفاتحة أحد الأقارب في لحظة الموت والحزن لاستئصال أحد أعضائه؟

وخلاصة الأمر، فإن نقل الأعضاء إما أن يكون مصدرها المباشر هم الأحياء عن طريقين (الهبة حال الحياة) و(الوصية) ووفقاً لمعيار موت جذع المخ السائد. وإن نقل الأعضاء وزرعها قد يكون لمصلحة علاجية يستفيد منها الشخص ذاته كما في عمليات التجميل وترقيع الجلد أو قطع الثدي المتورم أو الساق أو الذراع. وقد يكون نقل الأعضاء من جسد إلى آخر من الأعضاء المكررة أو الأجزاء المتجددة فإذا توافرت الشروط الأخرى كالأهلية والباعث الدافع الرئيس المشروع جاز النقل والزرع.

أما الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة ولكنها تعطل وظيفة أساسية كالبصر فهو غير جائز لأن دفع المفاسد أولى من جلب المنافع ولأن سلطة الإنسان غير مطلقة على

جسده و في هذا التصرف مساس بالحق في السلامة. وإن المصدر الآخر للحصول على الأعضاء هم الأموات ويلزم موافقة الزوج والأقارب حتى الدرجة الثانية وعدم حصول الاختلاف بينهم وعدم جواز التمثيل بالجثة ودفنها حسب الأصول الشرعية.

الخاتمة

الخاتمة

نورد فيما يلي مجموعة من الاستنتاجات التي توصلنا إليها وذلك عبر عرضها في نقطتين هما:

أولاً: النتائج العلمية

1. نقترح النص في الدستور على منع إجراء التجربة الطبية على الجسم البشري ونقترح النص الآتي الذي يلزم وضعه في الدستور الدائم الجديد:
((لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر ودون مراعاة لشروطها المحددة)).
2. أغفل القانون المدني العراقي النص على حقوق الإنسان المدنية فلم ينص إلا على حماية الاسم في المادة (41). والحال يقتضي إيراد نص ضمن أحكام الشخص الطبيعي في القانون المدني يمنع بموجبه الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة كيانه البدني ومنع التجربة الطبية عليه أو استئصال عضو أو جزء من جسده إلا وفقاً لما يقرره القانون. ونقترح الاستفادة من نص المادة (50) من القانون المدني المصري وتعديل نص المادة (67) من المشروع المدني العراقي الجديد في ضوء الملاحظات المذكورة.
3. إن تعليمات السلوك المهني لعام 1985 الصادرة عن مجلس نقابة الأطباء ببغداد جاءت مناقضة لقواعد هلسنكي لعام 1964 الخاصة بإجراء التجربة الطبية على الجسم البشري، حيث أوجبت هذه القواعد إجراء التجربة في مراكز بحث علمي على الحيوان ثم الإنسان ولم تجز إجراء التجربة الطبية على الإنسان صحيح البدن لأول مرة بينما ساوت تعليمات السلوك المهني في التجربة الطبية بين الإنسان والحيوان.

4. إن تعليمات السلوك المهني لم تبين حكم إجراء التجربة الطبية على الأشخاص المحكومين بالإعدام وحكم التجربة على المرضى المصابين بأمراض لا يرجى الشفاء منها كالسرطان الخبيث والإيدز.
5. لوحظ أن كثيراً من الأدوية المستوردة والعراقية يجري تسويقها للمواطنين دون وجود النشرة الإعلامية العلاجية وهو نقص كبير قد يكون عاملاً مهماً إثبات الخطأ على المنتج لها، لأن الإعلام العلاجي للدواء وما يتضمنه من فاعلية وتأثيرات جانبية وتحذيرات من المسائل الضرورية لتجنب الأضرار وبيان الاستخدام الأمثل للعلاج. علماً أن هذه الملاحظات لا تظهر إلا بفعل التجربة على الجسم البشري أو كانت الأدوية قد خضعت للضوابط القانونية لإجراء التجربة الطبية.
6. نقترح إناطة أمر الفصل في الدعاوى المقامة على الأطباء والكادر الطبي عن أخطائهم لدى المحاكم الاعتيادية ومنع لجان الانضباط ومجلس الانضباط العام من النظر في هذه الأخطاء حفاظاً على حق المتضرر بالتعويض وأن الجزاء الإداري يلزم أن يكون لاحقاً لقيام المسؤولية الجنائية أو المدنية وليس العكس.
7. إن التجربة الطبية على الجسم البشري تتماثل من حيث أسسها مع الأعمال الطبية في نقل وغرس الأعضاء البشرية فلكل منهما أساس أخلاقي وأساس علمي يلزم اتباعه مع الأساس القانوني، لأن هذه الأعمال الطبية جميعها تمس الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم البشري وهي من الحقوق الأساسية التي كفلها القانون بالحماية الجنائية والمدنية والتشريعات الأخرى.
8. تبين أن هناك نقصاً في القانون المدني الكويتي، حيث لا يقر فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في الضرر الجسدي غير الميت فلو أصيب شخص

بضرر جسدي لإجراء تجربة طبية على بدن ونجم عنه عجز كلي أو جزئي دائم بنسبة 100٪ كالشكل أو عجز بنسبة 75٪ أو 50٪ كفقدان العين أو تورم وتسمم في أحد الأطراف أو غيرها فلا يحكم بالتعويض للزوج والوالدين والأولاد والإخوة عن الضرر المعنوي جراء الإصابة غير المميتة، إنما يقتصر حقه في التعويض عن الضرر المادي والأدبي للمصاب فقط وهو ما لا تقره قواعد العدالة.

9. نقترح تنظيم المسؤولية الطبية في القانون المدني من حيث مدى الالتزام ونوع العناية ومقدارها والأحكام العامة للمسؤولية أو في قانون خاص بجمع التشريعات واللوائح الطبية هو (القانون الطبي).

10. إن التجربة الطبية على الجسم البشري يلزم أن ترتكز على قاعدة أخلاقية ولا تخلق للبشر مشكلات يحار في حلها. فيلزم من المشرع العراقي والكويتي والأردني وغيرها من الأقطار تنظيم حالات الاستنساخ البشري و(الإخصاب الصناعي) ومنع الأطباء من القيام بغرس الجنين في رحم الأم الكاذبة (الأم المستعارة) مهما كانت دواعي الزرع وأياً كانت صورته القانونية (إعارة أو وديعة أو إجارة...) لأن العراق والكويت والأردن ودول الخليج وغيرها من الأقطار العربية المهتمة بالأنساب تدين بالإسلام وتحرص على أحكامه.

ثم إن العمل الطبي المذكور يخالف هذه الأحكام، فالإخصاب الصناعي (عمل بيولوجي) وليس اتصالاً جنسياً وأن التجريم للأعمال الطبية لا ينحصر في الاتصالات الجنسية غير المشروعة، وإنما حتى بعض الأعمال البيولوجية التي تسيء للكرامة البشرية والقيم الأخلاقية.

ثانياً: مبادئ أساسية لصياغة مشروع جديد لنقل الأعضاء والتصرف بالجثة وزرع الأجنة

1. ان التصرف القانوني بالبيع في العضو البشري المكرر أو الجثة، أثناء الحياة أو بعد الوفاة باطل لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة ولأن الحق على العضو أو الجسد غير مالي وبذلك نخالف الاتجاه الذي ذهب إليه البعض من الفقه المصري، ونؤيد ما ذهب إليه قانون زرع الأعضاء رقم 85 لسنة 1986 العراقي.

ونعتقد أن بيع الدم البشري أو الكلية أو القرنية مثلاً إنما هو عمل غير أخلاقي يرفضه الوجدان العام مهما كانت دوافعه. بل نقترح وضع العقوبات على من يتاجر بدمه أو أعضائه انطلاقاً من مبدأ حرمة جسد الإنسان لعدم وجود النصوص العقابية التي تعاقب على ذلك.

وعلى العكس من ذلك نرى تحفيز الناس إلى تقديم الأعضاء أو الدم اعتماداً على (عقد الهبة) انطلاقاً من الاعتبارات الإنسانية والأخلاقية وبعثاً لروح التضامن في المجتمع. ولا يتعارض ذلك مع جواز تقديم المكافأة النقدية أو العينية أو المعنوية، التي ستكون عوناً للمانح عند ضعف قدرته البدنية.

2. إن التصرف القانوني في الأعضاء البشرية المنفردة، سواء تلك التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والبنكرياس والكبد مثلاً أو المكررة التي بقي منها عضو واحد، باطل شرعاً وقانوناً. مهما كانت البواعث، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ (البقرة/195)، لأن الجسد والروح يجتمع فيهما حق الله وحق العبد.

ومن الناحية القانونية فإن رضى المعطي وقبوله بالمخاطر غير صحيح، ويمكن قيام المسؤولية المدنية والجنائية على الطبيب في هذا المجال عدا حالة

التجارب الطبية على مريض مصاب بمرض خطير لا يرجى شفاؤه، فهناك ارتباط وثيق بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد.

ونقترح تعديل تعليمات السلوك المهني المقرر في اجتماع مجلس نقابة الأطباء في 1985/5/19 التي نصت: (لا مناص من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض..).

إذ يتطلب تعديل هذه التعليمات وعدم الاعتداد برغبة المريض وحده فقبوله في بعض حالات الأعمال الطبية غير صحيح إذا كان ذلك يؤدي إلى الهلاك أو الضرر الجسدي الجسيم. ونقترح سد النقص الموجود في قانون رقم 113 لسنة 1970 و85 لسنة 1986 لأنهما لم ينصا على ذلك.

3. إن التصرف القانوني الجائز أثناء الحياة في الأعضاء البشرية (كعقد الهبة وعقد المقايضة) يستوجب توافر الأهلية القانونية الكاملة للمتصرف في العضو حتى يكون تعبيره عن الإرادة بوجود الرضى صحيحاً غير مشوب بعيب من العيوب (كالإكراه أو التغرير أو الغلط أو الاستغلال).

ولما كان التصرف بالعضو للغير هو في تقديرنا من التصرفات الضارة ضرراً محضاً في حق المعطي، فإنه يلزم توافر البلوغ القانوني (بأن يكون بالغاً سن الرشد وهو 18 سنة طبقاً للمادة (106) من القانون المدني العراقي) وأن يكون كاملاً في قواه العقلية وغير محجور عليه. أما الولاية على ناقص الأهلية فهي ولاية على المال وليست على الجسد إذ لا يجوز للولي أن يتصرف بجزء من جسد صغيره أو من عليه الولاية لأن فيه مضرة عدا حالة نقل العضو للشقيق فقط.

بناء عليه لا نتفق مع ما ذهب إليه قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 ولا مع ما اتجه إليه مشروع القانون المدني العراقي الجديد في المادة (47) حين

عدّ كلاً منهما من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن القاضي كامل الأهلية. فعقد الهبة لعضو من أعضائه المكررة هو تصرف ضار ضرراً محضاً في حقه ولا يصح حتى بالإجازة. فهو لا يفقه مخاطر أو منافع التصرف في عضو من أعضائه وخاصة أن كل من كان في مثل هذه المرحلة يمثل الطاقة المنتجة في المجتمع فلا يجوز التأثير في قواها المنتجة. هذا وأن الفقه المدني المصري يميل إلى حصر رضى المتنازل القاصر (بعد موافقة الولي) بالتنازل لشقيقه فقط.

4. أجاز الفقه الإسلامي نقل العضو من جسد الميت إلى إنسان حي بقرار هيئة كباء العلماء رقم 99 الصادر في الرياض في 1402/11/6هـ. ويبدو أن هذا الحكم الشرعي ينسجم مع معطيات الحياة الجديدة وهو دليل على أن الفقه الإسلامي يتطور مع الإنجازات الطبية حين أكد مبدأ (نأخذ من الموت لنعطي إلى الحياة) وهو اتجاه صائب.

5. إن التصرف القانوني في الأعضاء البشرية عن طريق المقايضة عمل جائز قانوناً وهو قائم في نطاق نقل الدم البشري، إلا أنها لم تنظم ضمن التشريعات العراقية الخاصة بنقل الأعضاء البشرية، وسداً لهذا القصور التشريعي نقترح تنظيمها طبقاً لضوابط يستفيد منها طرفا العملية الطبية في أن يقبل شخص إعطاء الكلية مقابل غرس القرنية وبالعكس. إلا أن ما يثير الدهشة أن يعلن شخص استعداده لهبة كليته أو قرنيته في نظير الحصول على عمل يضمن له العيش الكريم، ومثل هذا الإعلان يثير المشاعر الإنسانية في الأنظمة الرأسمالية.

6. نقترح جواز إبدال عقوبة الإعدام في حق شخص إذا تبرع بأكثر من عضو من جسده، كالكلية والقرنية، وإحلال عقوبة السجن المؤبد محلها. ونحن ضد

وجود عقوبة الإعدام أساساً فالمجرم ارتكب جريمته بحق الهيئة الاجتماعية وفي مقابل ذلك عليه أن يقدم التضحية من أجل المجتمع ولمصلحة التضامن الإنساني وبهذا التصرف ربما يكون ضميره قد استيقظ لماذا نعدم شخصاً تنبه لجرمه وأراد إثبات حسن نواياه في فرصة أخيرة! علماً أن قانون مصارف العيون 113 لسنة 1970 أجاز صراحة (المادة الثانية/4) أخذ عيون من ينفذ بهم حكم الإعدام دون حاجة لموافقة أحد. (لأن المحكوم بالإعدام مهدور الدم شرعاً فلا حرمة له).

7. تبين من تقرير المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية لعام 1986 أن نسبة نجاح عمليات زرع الكلية تتراوح بين 97٪ ـ 98٪ إذا كان مصدر الحصول عليها مانح حي من عائلة المتلقي وأن نسبة 85٪ منها تكون من الأم إلا أن نسبة الحصول على الكلية من (الأحياء) قليلة إذا تتراوح بين 10٪ ـ 40٪ علماً أن مخاطر البقاء بكلية واحدة شبهتها وكالة التأمين الأمريكية بحالة من يسير بالسيارة بسرعة 16 كم في الساعة.

بناء عليه، فإن قواعد الأخلاق التي يبرز فيها الإيثار والتضحية ونكران الذات يلزم من المشرع العراقي التدخل لتكريم المانح مادياً ومعنوياً بالاستفادة من تجارب الدول.

8. إن قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 جاء مصيباً في نصوصه، شكلاً وموضوعاً، ولعل من أهم ملاحظاتنا عليه ما يأتي:

أ- لم يمنع بيع القرنية إذ نصت العديد من القوانين المتعلقة بعمليات زرع الأعضاء البشرية على هذا المنع الصريح.

ب- لم يحظر التصرف بالقرنية الواحدة إن لم تكن للشخص سوى قرنية واحدة.

ج- أورد المشرع على سبيل الحصر مصادر الحصول على القرنية وأهمل النص على حالات أخرى كثيرة كضحايا حوادث المرور والأشخاص المنتحرين. وقصر إجراء العلميات الطبية في الزرع بالمستشفيات الحكومية وهو حصر لا مبرر له.

د- عدّ المشرع عقد هبة العين من ناقص الأهلية عقد معاوضة فأوجب موافقة الولي لإجازة التصرف وهو اتجاه غير صحيح، وهو عمل ضار حتى إن أذن له وليه.

هـ- لم يبين معيار الموت.

9. من الطبيعي أن التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ليست كلها جائزة أو ممكنة فالبعض منها مستحيل لخصوصية عمليات نقل الأعضاء البشرية إذ لا يمكن أن نتصور وجود تصرف قانوني بالإعارة أو الإجارة أو الشركة أو الرهن أو القرض ؛ على عضو بشري لاستحالة ذلك. وحيث إن البيع محظور لما تقدم من أسباب، فإن التصرفات القانونية التي ترد على العضو البشري الطبيعي تنحصر في (الهبة والمقايضة النافعة المشروعة والوصية) إلا أنه يمكن أن يرد البيع على العضو الصناعي على الرغم من ضيق مجالات الاستفادة منه قياساً إلى العضو الطبيعي وارتفاع تكاليفه الاقتصادية.

وبهذا الصدد نقترح إيجاد صيغة عمل في مجال التأمين لكي تقوم (شركة التأمين) بتغطية نفقات عمليات زرع الأعضاء البشرية وتزيد المتنازل بوثيقة تأمين لمدة معينة، إذ إن نظام التأمين الصحي النافذ عاجز عن تغطية هذا المشكل.

على أن يؤخذ بنظر الاعتبار ضعف القوى الجسدية لطرفي العملية في صيغة نظام التأمين عند النظر في تخفيض الأعباء.

10. اتضح أن تحديد لحظة الموت التي اعتمدها قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986 كان وفقاً لمعيار موت الدماغ. وعلى الرغم من الانتقادات التي تعرض لها المعيار إلا أنه يبدو هو السائد في الأوساط الطبية حتى الوقت الحاضر. وأن المشرع العراقي ذكر لأول مرة صراحة الأخذ بمعيار المدرسة الأمريكية هذا الذي يختلف عن معيار المدرسة البريطانية (موت جذع الدماغ).

11. إن التشريعات العراقية لم تنظم حالة التصرف القانوني لإجراء التجارب الطبية والعمليات الجراحية، سواء لاكتشاف دواء لمرض معين أم في عمليات نقل الأعضاء البشرية الطبيعية. ونقترح فسح المجال للطب والسماح بذلك على أشخاص بعد الحصول على (رضاهم الحر) تحقيقاً للموازنة بين مبدأين (مبدأ الخطر) و(مبدأ المنفعة على المجتمع) وإلى هذا اتجه المشرع المصري في المادة (43) من الدستور وفقاً لضوابط محددة.

12. نعتقد أن للزوج ولأقارب الميت حتى الدرجة الثانية المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيبهم عند قيام جهة طبية باستئصال أحد أعضائه دون موافقتهم المسبقة طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. وهذه الحالة لم تنص عليها التشريعات العراقية وهو عيب في التشريع له مبرراته.

وإذا كان قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 لم يشترط هذه الموافقة في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة الثانية واشترط القبول تحريراً من المانح في أثناء الحياة أو بعد الوفاة، إلا أن قانون رقم 58 لسنة 1986 أوجب موافقة الأقارب واللجنة الطبية على نقل الأعضاء (وأوضح الجزاء القانوني عند مخالفة أحكام القانون المذكور في المادة الرابعة ولم

يعط الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إذا تم الاستئصال دون موافقة الأقارب).

13. ورد مصطلح (التبرع بالأعضاء) في كثير من القوانين، والحال أن التبرع ليس تصرفاً قانونياً وإنما صفة تلحق التصرف لتأكيد انتفاء المقابل ولهذا نقترح استبداله بمصطلح (عقد الهبة) وهو تصرف قانوني يدخل ضمن عموم عقد التبرع المقصود به التمليك بين الأحياء بخروج شيء من ذمة الواهب أو جسده، لاسيما أن بعض التصرفات لا يمكن أن ترد في مجال نقل الأعضاء وإن كانت من أعمال التبرع كالوكالة دون أجر والإعارة والوديعة دون مقابل.

14. إن قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 58 لسنة 1986 أوجب موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية للحصول على الأعضاء من المصابين بموت الدماغ حتى في حالة وجود أشخاص مجهولي الهوية أو من المحكومين بالإعدام أو من المنتحرين أو غيرهم وكان ينبغي التمييز بين هذه الحالات فليست جميع الأحوال توجب أخذ الموافقة. كما أن المشرع لم يبين حالة الهبة أو الوصية من ناقص الأهلية فلم ينص عليها. علماً أنه عدّ الكتابة من المتنازل كامل الأهلية شرط انعقاد.

15. اقترح تنظيم نقل الأعضاء البشرية في القانون المدني ضمن النظرية العامة للحق وتحت عنوان (مبدأ حماية جسد الإنسان) وذلك سداً للنقص في القانون المدني العراقي النافذ وفي العديد من القوانين المدنية العربية، وهو ما اتجه إليه القانون المدني الإيطالي (المادة 5) ومشرع تعديل القانون المدني الفرنسي (المادة 1/4). علماً أن المشروع المدني العراقي الجديد لم ينص على زرع الأعضاء البشرية إلا أنه نص لأول مرة على مبدأ حماية جسد الإنسان في المادة (66) من المشروع وذكر لأول مرة على (الضرر الجسمي) وهو الذي يقع

على جسم الإنسان فيسبب له ضرراً مالياً أو معنوياً (المادة 426/ رابعاً) وهذه الإصابة الجسدية إما أن تكون مميتة أو غير مميتة.

16. أقترح إعادة النظر في نص المادة (374) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 (المعدل) بما ينسجم مع التشريعات الخاصة بزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية ورفع العقوبة والاقتصار على دفع التعويض المدني عن الضرر المعنوي طالما أن الغرض من استخدام جزء من الجثة أو كلها للأغراض العلمية.

17. إن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ميدان التشريعات الطبية فهناك قانون مصارف العيون وقانون زرع الأعضاء البشرية وقانون الصحة العامة وقانون الطب العدلي وغيرها، فهذا التعدد في القوانين يخلق حالة من عدم الانسجام وعدم التناسق الداخلي والخارجي، ونقترح توحيد التشريعات الطبية بتوحيد أحكامها بما ينسجم والتطور العلمي وفتح الفرص أمام تقدم العلوم الطبية لخير الإنسانية، ونعتقد بضرورة وضع أسس (القانون الطبي) الذي هو من مظاهر اهتمام القانون بالإنسان وصحته، خلافاً لما يذهب إليه جانب من الفقه الجنائي المصري.

18. إن اتفاقيات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية لنقل الأعضاء البشرية من الأحياء، باطل لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة، فكل مساس بجسد الإنسان أثناء الحياة، الأصل أن يكون قابلاً به، لم تكن هناك مصلحة عامة توجب ذلك كالتلقيح ضد الأمراض المعدية أو الحجر منعاً لانتشار المرض، أو حالة الضرورة التي توجب المساس بجسد الإنسان لمصلحته الراجحة كاستئصال العين أو أي عضو آخر كالساق أو اليد أو غيرها.

أما اتفاقيات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في الأعمال الواقعة على الجسد فهي باطلة كالاتفاق على التخلص من الحياة لاستحالة الشفاء عن طريق القتل بدافع الشفقة.

19. تبين عدم وجود قانون خاص ينظم عمليات نقل الدم البشري وأن ما يحكم هذه العمليات تعليمات من مكتب السيد الوزير مثلاً وهي غير وافية. وقد تبين أن هناك ظاهرة مرفوعة من الناحية الأخلاقية والقانونية تتمثل في بيع الدم وأن بعض الناس يعيش على هذا التصرف الأمر الذي يلزم التدخل من المشرع لعلاج هذا الأمر.

إن سبب هذا التدخل يجد سنده القوي في أن التصرف بالدم إضعاف للجسد وإهدار للقوة الجسدية في مقارنة الأمراض والتصرف بالدم عن طريق الهبة لإنقاذ حياة الغير جائز في حدود الكمية اللازمة للشفاء. ولا نتفق مع الفقه المدني الذي أجاز التصرف بالدم بعوض[1] لأنه عمل ترفضه قواعد الأخلاق. كما نرى قيام المسؤولية المدنية والجنائية على الجهة التي تقوم بنقل الدم المصاب إلى المريض حسب ظروف العلاج وطبيعة الجهة القائمة بنقل الدم.

فقد تنتقل عن الدم عدوى فايروس الكبد أو مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) أو (حمى مالطة) أو غيرها وهذا يفرض على الجهة الطبية الفحص الدقيق لمانح الدم والتأكد في سلامته من الأمراض. علماً أن تعليمات السلوك المهني التي أقرت من مجلس نقابة الأطباء في 1985/5/19 أوجبت المسؤولية على الطبيب عن عوارض نقل الدم.

20. إن التشريعات الطبية العراقية (وكذلك في العديد من الدول العربية) لم تنظم حالة زرع الأجنة والتلقيح الصناعي وهندسة الوراثة طبقاً لموقف

(1) رأي الدكتور رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 512.

الحكم الشرعي لاسيما أن بعض صور التلقيح الصناعي تجري حالياً في بعض المستشفيات العراقية وقد نجحت أول عملية طبية لولادة أطفال الأنابيب في العراق بطريقة متطورة في ديسمبر 1988. كما أن عمليات الاستنساخ يجب تنظيم أحكامها في العراق وفي العديد من الدول العربية والإسلامية بما يعزز البحث العلمي الحر لخدمة الإنسان والبشرية.

المراجع

المراجع

أولاً: باللغة العربية

- القرآن الكريم.
- إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 1989.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، دون سنة نشر، (كتاب البيع).
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1960.
- أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة مقدمة إلى جامعة القاهرة، 1964.
- الأستاذ الدكتور عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية)، جامعة الكويت، 1982.
- الأستاذ الشيخ علي الخفيف، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، السنة 11، 1941.
- باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، 1989.
- بدائع الصنائع للكاساني، جـ7، ط1، 1910.
- تقرير المجلس التنفيذي لمنظمة الصحة العالمية في دورته (79) 1986.
- جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، أطروحة ماجستير في القانون، 1984.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، 1979.

- د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد20، 1368هـ.
- د. حسن علي الذنون، تعديل أحكام المسؤولية العقدية، محاضرات غير مطبوعة.
- د. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة كلية الحقوق والشريعة، 1981.
- الدكتور أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، ج2، بغداد، 1974.
- الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط2، 1954.
- الدكتور أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1983.
- الدكتور أحمد شرف الدين، الحدود القانونية والشرعية والإنسانية للإنعاش الصناعي، مجلة العدالة، 1983.
- الدكتور أحمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد1، السنة 22، 1978.
- الدكتور أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ط1، 1986.
- الدكتور أحمد شوقي إبراهيم، نهاية الحياة البشرية، مجمع الفقه الإسلامي (غير منشور)، 1986.
- الدكتور أحمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، ط1، بغداد، 1986.
- الدكتور أحمد فهمي أبو سنينة، (نظرية الحق)، بحث منشور في (الفقه الإسلامي أساس التشريع)، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب الأول، 1971.
- الدكتور أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، جـ9، مجلد19، 1367 هـ.

- الدكتور أحمد محمد سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، ط1، 1986.
- الدكتور إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، جـ2، 1967.
- الدكتور أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، 1962.
- الدكتور بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط1، 1981.
- الدكتور بكر أبو زيد، جهاز الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الأطباء والفقهاء، منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، 1988.
- الدكتور توفيق الواعي، حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986.
- الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، 1988.
- الدكتور جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، جـ1، بيروت، 1960.
- الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، الجزائر، 1979.
- الدكتور حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، 1975.
- الدكتور حسان حتحوت، متى تنتهي الحياة؟ مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986.
- الدكتور حسن الذنون، المسؤولية الطبية، محاضرات غير منشورة، 1987.
- الدكتور حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، في التشريع المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، دون سنة نشر.

- الدكتور حسن علي الذنون، تعديل أحكام المسؤولية المدنية، محاضرات على طلبة الدراسات العليا للعام الدراسي، 1987 ـ 1988 (غير منشورة).
- الدكتور حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، جـ3، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بغداد، 1976.
- الدكتور راجي التكريتي، السلوك المهني للأطباء، بغداد، 1970.
- الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج2، النظرية العامة للحق، بيروت، 1983.
- الدكتور رياض الخاني، المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب في ممارسته لمهنته الطبية، جامعة الإمارات العربية، 1988.
- الدكتور سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، (البيع والإيجار)، ط3، 1974.
- الدكتور سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، 1971.
- الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ2، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مجلد2، ط5، 1988.
- الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط1، 1983.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، 1952.
- الدكتور عبد السلام التونجي، المسؤولة المدنية للطبيب، 1966.
- الدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، ط1، 1988.
- الدكتور عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، مصادر الالتزام، 1954.

- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، 1954.
- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود التي ترد على الملكية)، ج 5، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر.
- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، 1952.
- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، (البيع)، بيروت، 1952.
- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، 1954.
- الدكتور عبدالرسول الجصاني، مذكرات في العقد والفعل الضار، القسم الأول (العقد)، 1983.
- الدكتور عبدالسلام عبدالرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، 1988.
- الدكتور عبدالله محمد عبدالله، نهاية الحياة الإنسانية، مجمع الفقهه الإسلامي، (غير منشور)، 1986.
- الدكتور عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، 1969.
- الدكتور عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ط1، 1967.
- الدكتور غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، بغداد، 1970.
- الدكتور غني حسون طه، مسؤولية الطبيب الممتنع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني، السنة الأولى، 1968، (جامعة البصرة).
- الدكتور فخري الدباغ، الموت اختيارياً، بيروت، 1986.

- الدكتور كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط2، 1976.
- الدكتور محمد أيمن صافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، ط 1، 1987.
- الدكتور محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- الدكتور محمد جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، القاهرة، 1961.
- الدكتور محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، 1985.
- الدكتور محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزائر، 1983.
- الدكتور محمد سليمان الأشقر، نهاية الحياة، مجمع الفقهي الإسلامي (غير منشور)، 1986.
- الدكتور محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، دار الجوهري للطبع والنشر، 1951.
- الدكتور محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج1، الالتزامات، المطبعة العالمية بمصر، 1954.
- الدكتور محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، 1951.
- الدكتور محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 11، مارس 1987.
- الدكتور محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، جـ1، مصادر الالتزام، 1955.
- الدكتور محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، بغداد، 1955.

- الدكتور مختار المهدي، نهاية الحياة الإنسانية، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986.
- الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عبدالمجيد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987.
- الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987.
- الدكتور مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، جـ2، المسؤولية الجنائية، 1985.
- الدكتور مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، القاهرة، 1944.
- الدكتور منذر إبراهيم الشاوي، مذاهب القانون، مجلة العدالة، العدد 2، السنة 1، 1975.
- الدكتور منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، الكويت، 1984.
- الدكتور منصور مصطفى منصور، المصادر غير الإرادية للالتزام، محاضرات مسحوبة على الرونيو، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1981.
- الدكتور هاشم جميل عبدالله، مجلة الرسالة الإسلامية، شباط 1988.
- الدكتور هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد 2، 1981.
- الدكتور وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الرابع والخامس.
- الدكتور يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات (القانون والجرم وشبه الجرم)، ط2، 1981.
- زاد المعاد لابن القيم جوزية، جـ3، مطبعة البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر.
- سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، بيروت، 1923.

- سمير أورفلي، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، مجلة رابطة القضاة، السنة 20، 1984.
- شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع، ج2، المطبعة المصرية بالأزهر، دون سنة نشر.
- شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المهاج، (كتاب البيع)، دون سنة نشر.
- الشيخ بدر المتولي عبدالباسط، نهاية الحياة الإنسانية في نظر الإسلام، مجمع الفقه الاسلامي، (غير منشور)، 1986.
- الشيخ علي الخفيف، الضمان، ج1، 1971.
- الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، 1977.
- عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية والمسؤولية الجنائية، أطروحة ماجستير، بغداد، 1977.
- عبد الرحمن الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية في أخطائه المهنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بغداد، 1976.
- عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، (قسم المعاملات)، ج2، ط5، دون سنة نشر.
- عبدالقادر بن محمد، نهاية الحياة، مجمع الفقه الإسلامي، (غير منشور)، 1986.
- علي الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، بغداد، 1988.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول (البيوع)، مكتبة النهضة، بغداد، دون سنة نشر.
- عيسوي أحمد عيسوي، المداينات، رسالة من كلية الشريعة، القاهرة، 1946.
- كتاب بيان للناس من الأزهر الشريف، جـ2، دون سنة نشر.
- لسان العرب لابن منظور الأفريقي، مجلد4، دار صادر، بيروت، 1955.

- المبسوط للسرخسي، ج16.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، (ج2)، دون سنة نشر.
- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر، دون سنة نشر.
- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الجزائر، 1984.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، إعداد المكتب الفني.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، لجنة تطوير التشريعات، الكويت.
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، للمرحوم محمد قدري باشا قدم له الدكتور صلاح الدين الناهي، عمان ـ الأردن، ط1، 1987.
- مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زرع الأعضاء البشرية 1986.
- مشروع القانون المدني العراقي الجديد (الطبعة المنقحة) 1986.
- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، القاهرة، 1944.
- المغني لابن قدامة، ج6، ط3، 1367 هـ.
- هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة: الدكتور سموحي فوق العادة، بيروت، ط3، 1984.

القوانين والقرارات:

- تعليمات السلوك المهني (في العراق) 1985.
- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
- قانون العقوبات العسكري رقم 13 لسنة 1940 المعدل.
- قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 (المعدل).
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- القانون المدني الأردني.

- القانون المدني الجزائري لعام 1975.
- القانون المدني العراقي 1951.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
- القانون المدني الكويتي.
- القانون المدني المصري.
- قانون زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986.
- قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970.
- قرار رقم 367/منقول/87 ـ 88 في 987/11/7 الصادر عن محكمة تمييز العراق (غير منشور).
- المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، 1987.
- مجموعة الأحكام العدلية، العدد3، 1978.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.
- مشروع القانون المدني العراقي الجديد (محدود).

ثانياً: باللغة الفرنسية

- ANTOINE VIALARD – LA FORMATION DE CONTRAT – ALGER 1984.
- BERNARD TEYSSIE – DROIT CIVIL – (LES PERSONNES) – PARIS – 1981.
- BORIS STARCK – DROIT CIVIL (INTRODUCTION) – PARIS – 1972.
- CODE CIVIL – PARIS 1987.


- CODE CIVIL 1987. PARIS (MAISE A JOUR 1988 DU CODE C.VIL 1987 PARIS).
- DALLOZ – RÉPERTOIRE DE DROIT CIVIL – TOME VI – PARIS 1975.
- DALLOZ, REPERTOIRE DE DROIT CIVIL – PARIS 1970.
- DR. HASSAN ABO EL NAGA – AL- TRANSMISSIBILITE AUX HERITIERS DU DROIT AREPARATION DU PRETIUM DOLORIS – JOURNAL OF LAW VOL.11 NO.1, 1987.
- FRANCOIS CHABAS – RESPONSABLITIÉ CIVIL ET RESPONSABLITIÉ PENAL – PARIS 1975.
- GERARD MEMETEAU – LE DROIT MEDICAL – 4 PARIS 1985.
- GERARD MEMETEAU – LE DROIT MEDICAL PARIS 1985.
- HENRI ET LEON ET JEAN (MAZEAUD) – LECONS DE DROIT CIVIL – PARIS 1966.
- JEAN CARBONNIER – DROIT CIVIL – (INTRODUCTION LES PER SONNES) – PARIS – 1982.
- JEAN CARBONNIER – DROIT CIVIL – LES OBLIGATIONS – 4 – PARIS 1982.
- JEAN CARBONNIER – DROIT CIVIL –INTRODUCTION (LES OBLIGATION) 4 – PARIS 1982.
- MAX LE ROY – LEVALUATION DE PREJUDICE CORPOREL – PARIS 1947.


- MAZEAUD (H.L.J) – LECONS DE DROIT. CIVIL TOME DEUXIEME – PARIS 1966.
- MISE A, JOUR 1988 DU CODE CIVIL 1978 PARIS.
- NOUR – EDDINE TERKI – LES OBLIGATIONS – ALGER 1982.
- RENE EAVATIER – TRAITE D LA RESPONSABLITIÉ CIVIL EN DROIT FRANCIAS – PARIS 1951.

المؤلف في سطور

الدكتور منذر الفضل:

- دكتوراه في القانون المدني ومدرس في كلية القانون بجامعة بغداد 1979.
- محاضر في كلية القانون بجامعة عنابة، الجزائر 1982 ـ 1985.
- أستاذ مشارك في القانون المدني، كلية القانون بجامعة بغداد 1987.
- محاضر على طلبة الماجستير والدكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون 1987 ـ 1991.
- محاضر في المعهد القضائي، بغداد 1989 ـ 1991.
- أستاذ مشارك في كلية الحقوق بجامعه مؤتة ـ الأردن، 1991 ـ 1992.
- مساعد عميد كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، الأردن، 1992 ـ 1993.
- رئيس قسمي القانون العام والخاص، جامعة الزيتونة الأردنية 1993 ـ 1997.
- محاضر في كلية القانون والفقه المقارن، لندن 2001.
- محاضر في معهد سيلي التابع لنقابة المحامين الأمريكية ـ براغ 2004.
- مستشار قانوني في سلطة التحالف عام 2003.
- مستشار لرئيس مجلس الوزراء في كوردستان 2004.
- محاضر على طلبة الدكتوراه في القانون، جامعة صلاح الدين، كوردستان 2005.
- عضو الجمعية الوطنية العراقية 2005.
- عضو لجنة كتابة الدستور العراقي الدائم 2005.
- مستشار قانوني وباحث أكاديمي، السويد.
- أستاذ مشارك في كلية القانون بجامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن ـ عمان 2010.





Medical Responsibility

A Comparative Study



Dr.

ther Al-Fadel




ISBN 9957-16-723-3
9 789957 167233
الثقافة للتصميم والإخراج


دار الثقافة للنشر والتوزيع
أسسها خالد محمود جبر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan
www.daralthaqafa.com